Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Siebenzehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1815.

Staats-
Bibliothek
Bamberg

Lib. XVIII. Tit. V.

De rescindenda venditione, et quando liceat ab emtione discedere.

§. 1026.

Ursachen der Aufhebung eines Kaufs. I. Nichtigkeit. Wirkung der Ratihabition bey einem ungültigen Kaufe.

Ein Kauf kann aus mancherley Ursachen aufgehoben werden [1]).

I. Aus dem Grund der Ungültigkeit, d. i. wenn es bey demselben an einem gesetzlichen Erforderniß fehlt, ohne welches der Handel nicht gelten kann. Der Mangel betreffe die Form oder die Substanz desselben. Jedoch kann die Ungültigkeit des Geschäfts durch die nachher erfolgte Ratihabition oder erklärte Zustimmung der Interessenten gehoben werden, und zwar nicht blos in dem Falle, wenn der Grund der Nichtigkeit desselben in dem Mangel der freyen Einwilligung, z. B. wegen Betrugs

1) S. *Aug. Christoph.* WILKE Diss. de causis contractum perfectum rescindentibus. *Altorfii* 1740. *Chr. Ignat.* L'OIRON Diss. de rescissionibus et nullitatibus emtionis venditionis. *Argentorati* 1785. und Westphal's Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe ꝛc. Kap. XI. S. 579. ff.

trugs, oder Furcht, oder Irrthums, lag, sondern auch, wenn die persönliche Unfähigkeit des einen Contrahenten den Handel ungültig machte. Es muß nur die Genehmigung in dem Zustande der Freyheit, oder nachher eingetretenen persönlichen Fähigkeit, und überhaupt unter veränderten Umständen erfolgen, wenn sie zu jenem Zweck Statt finden soll [2]). Ob sie durch einen von neuen ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen erfolgt, ist an sich gleichgültig. Das Geschäft wird dann von Zeit der Genehmigung an rückwirkend gültig [3]). Eben diese zurückwirkende Kraft hat auch in dem Falle Statt, wenn die Genehmigung eines Dritten zur Gültigkeit nöthig war [4]). Zuweilen kann aber selbst der Mangel der Form durch Ratihabition desjenigen geheilet werden, welcher den Handel als nichtig hätte anfechten können. Dies ist z. B. der Fall, wenn das Grundstück eines Minderjährigen ohne Decret der Obrigkeit verkauft worden ist, und derselbe nach erlangter Großjährigkeit den Handel genehmiget, oder, welches einer stillschweigenden Genehmigung gleich zu achten ist, denselben in fünf Jahren anzufechten

2) Weber Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 127. S. 561. Dabelow Handbuch des heut. gemeinen röm. deutschen Privatrechts 1. Th. §. 146. und Schweppe röm. Privatrecht. 1. Th. §. 110.

3) *L. 4. Cod. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. L. 7. pr. Cod. ad SCtum Macedon. L. 25. in fin. Cod. de donation. inter vir. et uxorem. Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Vach Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. *Marburgi* 1745. Cap. I. §. 38 — 40.

4) Arg. *L. 16. §. 1. D. de pignorib.*

fechten unterläßt [5]). War hingegen der Handel, ohne Rücksicht auf persönliches Verhältniß der Contrahenten, oder Form, den Gesetzen schlechterdings zuwider, so kann er, so lange das Verbot bestehet, durch keine Genehmigung der Contrahenten gültig werden [6]); und hört auch nachher das Verbot auf, so kann das Geschäft, bey fortdauerndem Willen der Contrahenten, nur als ein ganz neues bestehen, und ohne zurückwirkende Kraft [7]).

§. 1027.

II. Ursachen der Rescission eines gültigen Kaufs.

A. *Mutuus dissensus.*

Es kann aber auch II. ein an sich gültiger Kauf wieder aufgehoben werden, wenn eine gerechte Ursache dazu vorhanden ist. Eine solche Ursache kann nun entweder a) in einem angehängten Vertrage liegen, z. B. wenn das pactum displicentiae, oder addictionis in diem, oder die lex commissoria dem Kaufe ist beygefügt worden. Oder b) in der Natur des Contracts. Dahin gehört

A) der alle Consensualcontracte aufhebende gegenseitige Dissens, oder Vertrag, wodurch die Contrahenten mit einander übereinkommen, daß der unter ihnen

5) *L.* 2. *Cod. Si maior factus rat. hab. L.* 3. *C. Si maior factus alienat. fact. sine decreto rat. hab.* HOMBERGK zu Bach Diss. cit. Cap. II. §. 17—24.

6) Weber a. a. O. §. 127. S. 561. Man sehe auch den 13. Th. dieses Commentars §. 850. S. 377—379.

7) Arg *L.* 65. §. 1. *D. de ritu nupt.* Schweppe a. a. O. §. 110.

nen geschlossene, und noch von keinem Theile erfüllte Handel nicht gelten solle.

L. 58. D. de pactis. Ab emtione, venditione, conductione caeterisque similibus obligationibus, quin, integris omnibus, *consensu eorum, qui inter se obligati sint*, recedi possit, dubium non est.

L. 5. §. 1. D. h. t. Emtio *nuda conventione* dissolvitur, si res secuta non fuerit.

L. 80. D. de solutionib. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet. Ut quum re contraxerimus, re solvi debet. — Aeque quum emtio vel venditio, vel locatio contracta est; quoniam *consensu nudo* contrahi potest, etiam *dissensu contrario* dissolvi potest.

L. 35. D. de div. reg. iur. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. Ideo verborum obligatio verbis tollitur; *nudi consensus obligatio, contrario consensu dissolvitur.*

Durch den mutuus dissensus wird nun, je nachdem die Partheyen sich vereiniget haben, entweder der ganze Handel, oder nur ein Theil desselben wieder aufgehoben. Z. B. es soll nur die Bedingung, unter welcher der Contract war geschlossen worden, nicht gelten; oder der Handel in Ansehung einer von mehreren zugleich verkauften Sachen aufgehoben seyn.

L. 6. §. 2. D. de contrah. emt. Conditio, quae initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest; sicuti etiam abiri tota emtione potest

potest, si nondum impleta sunt, quae utrimque praestari debuerunt.

L. 4. D. h. t. Si emtio contracta sit togae (puta) aut lancis, et pactus sit venditor, ne alterutrius emtio maneat; puto resolvi obligationem huius rei nomine duntaxat [8].

Die simple Einwilligung beyder Theile ist jedoch in jedem Falle hinreichend, sie mag erklärt seyn, auf welche Art sie wolle; auch stillschweigend, durch Schließung eines neuen Contracts, ehe noch der erste vollzogen war; ja selbst die Acceptilation, wodurch nur ein Theil dem andern seine Verbindlichkeit erlassen hatte, galt hier doch in Kraft einer den Handel aufhebenden Convention.

L. 2. D. h. t. Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris, minorisve emero; discessimus a priore emtione. Potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emtio, quasi nulla praecesserit; sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum, emtione repetita; cum post pretium solutum infectam emtionem facere non possumus.

L. 5. D. eodem. Cum emtor venditori, vel emtori venditor acceptum faciat; voluntas utriusque ostenditur, id agentis, ut a negotio discedatur, et perinde habeatur, *ac si convenisset inter eos*

8) Das Gesetz spricht zwar nur von mehreren alternativ verkauften Sachen. Es gilt aber unstreitig auch von mehreren zusammen verkauften Sachen, wie schon Westphal vom Kaufe §. 822. ganz richtig bemerkt hat.

eos, ut neuter ab altero quidquam peteret. Sed ut evidentius appareat, *acceptilatio* in hac causa *non sua natura*, sed *potestate conventionis* [9]) valet.

Es galt jedoch der gegenseitige Dissens nach dem römischen Recht nur als ein pactum nudum. Eine neue klagbare Verbindlichkeit ward dadurch nicht begründet. Wenn daher der noch unerfüllte erste Handel unbedingt war abgeschlossen worden, so ward er durch einen zweyten bedingten Handel nicht aufgehoben, wenn übrigens der Kaufpreis der vorige blieb. So erklärt sich

L. 7. pr. D. h. t. Si id, quod pure emi, *sub conditione* rursus emam: nihil agitur posteriore emtione.

Wäre bey dem zweyten Handel ein neuer Preis bestimmt worden, es sey nun entweder ein höherer oder geringerer, so hätte er als ein neuer Kauf gegolten [10]). Ausser-

9) Nach der Formel der Acceptilation wäre hier nur der eine Theil von seiner Verbindlichkeit befreyet worden; allein da die bona fides conventionis nicht erlaubte, daß der andere Theil aus dem Contract verbunden blieb; *L. 50. D. de act. emt. et vend.* so zog hier die Befreyung des einen auch die Befreyung des andern Theils nach sich. *L. 23. D. de acceptilat.* Cum locatio, conductio, emtio, venditio conventione facta est, et nondum res intercessit: utrimque per acceptilationem, *tametsi ab alterutra parte duntaxat intercessit*, liberantur obligatione. S. *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 5. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. II. p. 87.) und *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L.

10) *L. 72. pr. D. de contr. emt.*

Ausserdem galt er auch nicht als Nebenvertrag, wenn gleich die Bedingung zur Wirklichkeit kam [11]).

Uebrigens wird durch die bloße Einwilligung beyder Theile der abgeschlossene Kauf so aufgehoben, als ob er gar nicht wäre eingegangen worden. Hiermit erlöschen denn auch alle Nebenbedingungen des Contracts, und auch der Bürge wird seiner Verbindlichkeit entlediget.

L. 3. D. h. t. Emtio et venditio, sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta. Ideoque quaesitum est, si emtor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit: an nuda voluntate resolvatur obligatio? JULIANUS scripsit; ex emto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt. An autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum? Et puto, *liberato reo, et fideiussorem liberari.*

L. 95. §. ult. D. de solutionib. Si inter emtorem et venditorem convenerit, priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emtione disceda-

11) *Iac.* CUJACIUS in Iul. Paulo ad h. L. Tom. III. *Oper.* pag. 1054. Westphal a. a. O. §. 793. HUBER in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 685. glaubt zwar, es solle hier blos der Satz ausgedrückt werden, daß man die nämliche Sache nicht zweymal kaufen und verkaufen könne, wenn die Contrahenten die nämlichen sind, und diese den animus novandi, d. i. die Absicht den ersten Kauf aufzuheben, nicht deutlich erklären. Nam animus novandi non praesumitur. *L. ult. C. de novat.* Allein ich glaube nicht, daß Paulus daran gedacht habe.

cedatur: *fideiussor* eo nomine acceptus, soluto contractu, liberabitur.

L. 8. *Cod. de pactis inter emtor. et vend. compos.* Tempore contractus inter emtorem et venditorem habitam conventionem integram servari, *si ab ea posteriore pacto non recedatur*, certum est.

Soll jedoch ein gültig geschlossener Kauf durch den mutuus dissensus wieder aufgehoben werden, so wird vorausgesetzt,

1 daß die Einwilligung beyderseits gültig erklärt sey. Hat also ein Pupill mit Vollwort seines Vormunds einen gültigen Handel geschlossen, so ist die Aufhebung, die er ohne Zustimmung des Vormunds mit dem andern Contrahenten verabredet hat, ohne alle Wirkung, und der Handel bleibt von beyden Seiten gültig. Es ist also hier nicht so, wie bey der Schließung eines Handels. Dieser würde, auch ohne vormundschaftliche Auctorität, wenigstens als ein hinkendes Geschäft, den Mitcontrahenten verpflichten, ob er schon gegen den Pupillen selbst keine Klage begründet. Allein die ohne des Vormunds Auctorität geschehene Aufhebung eines gültig geschlossenen Contracts befreyet auch nicht einmal den Pupillen von seiner Verbindlichkeit. Denn es stimmt mit der bona fides nicht überein, einen gültig geschlossenen Contract auf eine solche Art aufzuheben, daß der andere Theil daraus zu seinem Schaden verbunden bleibt. Dieß scheint mir der wahre Sinn der Worte des **Paulus** zu seyn, wenn er *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* sagt:

Si pupilli persona intervenit, qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quam-

quamvis venditor iam ei obligatus fuit, tamen, quia pupillus non tenebatur, renovata venditio efficit, ut invicem obligati sint. Quod si ante tutoris auctoritas intervenerit, deinde sine tutore auctore emit, nihil actum est posteriore emtione. Item potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emtione, an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant [12]? *Sed nec illud sine ratione dicetur, quoniam initio recte emtio sit contracta, vix bonae fidei convenire, eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si iusto errore sit deceptus.*

Cujas [13]) will zwar die Entscheidung dieses Gesetzes blos auf den Fall einschränken, wenn der Verkäufer den Käufer aus Irrthum für mündig gehalten hätte, und erklärt daher die Worte *et maxime* durch sed tum tantum. Ihm stimmt auch **Westphal** [14]) bey. Allein daß der Satz, die Aufhebung des Kaufs durch einen Pupillen ohne Zustimmung des Vormunds ist ohne Wirkung, und veranlaßt auch nicht einmal ein hinkendes Geschäft, in dem

12) Hat nämlich ein Pupill ohne Auctorität seines Vormunds einen Handel geschlossen, so kann zwar nur er daraus klagen, aber nicht der Verkäufer; klagt jedoch der Pupill als Käufer auf die Uebergabe der Sache, so kann der Verkäufer die Sache so lange retiniren, bis der Kläger das Kaufgeld bezahlt hat. S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. c.

13) Iul. Paulus ad h. L. Tom. II. *Oper.* pag. 1055. edit. *Fabroti.*

14) Vom Kauf. §. 796.

dem Gesetz ganz allgemein ausgesprochen sey, liegt klar vor Augen, und ist von Anton Faber [15]) und **Bartholomäus Chesius** [16]) überzeugend dargethan worden. Zwar waren selbst die römischen Rechtsgelehrten hierüber nicht vollkommen einverstanden. **Aristo** z. B. auch **Celsius** behaupteten, es sey zwischen der Schließung und Aufhebung des Contracts kein Unterschied, auch letztere könne so geschehen, daß ein Theil dabey verbunden bleibe. **Celsius** glaubte sogar, wenn ein filiusfamilias eine zum peculio profectitio gehörige Sache verkauft, und der Vater nachher allein mit dem Käufer paciscirt hätte, daß der Contract nicht gelten solle; so werde zwar dieser befreyet, allein der Sohn bleibe als Verkäufer verpflichtet. **Pomponius** lehrt jedoch, daß man die Meinung des **Aristo** verworfen habe, und modificirt auch die Meinung des **Celsius**, wie aus folgender Gesetzstelle erstellet.

L. 1. *D. h. t.* CELSUS filius putabat: si vendidisset mihi filiusfamilias rem peculiarem, etiamsi conveniat, ut abeatur ab ea venditione; *inter patrem, et filium, et me convenire debere:* ne, si cum patre solo pactus sim, filius non possit liberari: et quaeratur, utrumne nihil agatur ex ea pactione, an vero ego quidem liberer, filius maneat obligatus? Sicuti si pupillus sine tutoris auctoritate paciscatur, ipse quidem liberatur, non etiam, qui cum eo pactus est. Nam quod ARISTO dixit, *posse ita pacisci, ut unus maneat obligatus, non est verum:*

15) Rational. in Pand. ad h. L.

16) Differentiar. iuris. Cap. IV. (in *Iurispr. Rom. et Attica* Tom. II.)

rum: quia pro una parte contrahentium abiri pacto ab emtione non possit; et ideo si ab una parte renovatus sit contractus, dicitur, non valere eiusmodi pactionem: *sed dicendum est, patre paciscente, et liberato adversario, filium quoque obiter liberari.* So wie ich die Stelle verstehe, weicht hier **Pomponius** von der Meinung des **Celsus** und **Aristo** ab. **Celsus** behauptete, der Kauf, welchen ein filiusfamilias über eine zu dem peculium profectitium gehörige Sache mit einem Dritten geschlossen hatte, könne ohne des Sohns Einwilligung durch einen zwischen dem Vater und dem Käufer allein eingegangenen Vertrag nicht wieder aufgehoben werden. Der Vertrag komme wenigstens dem Sohne nicht zu statten, sondern dieser bleibe verbunden. Nach dem strengen Recht ist gegen diesen Satz nichts einzuwenden. Denn **Julian** schreibt, wie **Paulus** *L.* 21. §. 2. *D. de pactis* sagt, wenn auch der Vater ausdrücklich paciscirt, daß weder von ihm noch von seinem Sohn Etwas gefordert werden solle, so helfe doch dem Sohn das pactum nichts, weil ich selbst einer solchen Person, die in meiner Gewalt ist, durch Verträge keinen Vortheil verschaffen kann. Soll also das pactum auch dem Sohn zu statten kommen, so muß er selbst darein willigen, und also mitpacisciren. Allein der Grund, welchen Celsus von einem Pupillen hernahm, der ohne Auctorität seines Vormunds durch Vertrag mit dem Mitcontrahenten einen gültig geschlossenen Kauf wieder aufgehoben hat, war offenbar nichtig. Denn die Meinung des Aristo, ein Contract könne unter den Contrahenten auf eine solche Art aufgehoben werden, daß ein Theil daraus verbunden bleibe, ist falsch, und ein solcher Vertrag nichtig. Es paßt

auch

auch dieser Grund schon darum nicht, weil der Fall, wenn der Sohn mit einem Dritten einen Kauf geschlossen, und der Vater denselben ohne Zustimmung des Sohns durch Vertrag mit dem Käufer wieder aufgehoben hat, von jenem Falle ganz verschieden ist. Hier bleibt der Sohn nach dem strengen Recht verbunden. **Pomponius** modificirt daher die Meinung des **Celsus** in so weit, daß er sagt, der Vertrag gelte zwar direct nur zwischen dem Vater und dem Käufer, aber per consequentiam, (so ist hier das Wort *obiter* mit **Brisson** zu erklären) komme er auch dem Sohn zu statten, nämlich in sofern, daß dieser sich mit der exceptio doli schützen kann, wenn er von dem Käufer daraus belangt wird, wie auch **Paulus** in der oben angeführten *L.* 21. §. 2. *D. de pactis* lehrt. Magis est, sagt er, ut *pacti exceptio* filiofamilias danda non sit, *sed doli prosit* 17). So erklärt auch **Ulrich Huber** 18) die Stelle des **Pomponius**, und es ist daher die von **Westphal** 19) vorgeschlagene Aenderung der Leseart: *filium quoque ob id non liberari*, eben so unnöthig, als ungegründet die Hypothese des **Anton Faber** 20), daß die Worte: sed dicendum est, patre pacis-

17) Statt *sed doli prosit* lieset zwar *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. *sed soli patri prosit.* Allein ohne Grund, wie BACHOV in Prot. Pand. pag. 641. und *Io. Ger. Christ.* RÜCKER in Diss. ad L. 21. D. de pact. Cap. III. Sect. 3. (in OELRICHS *Thes. Diss. Belgicar.* Vol. I. T. I. pag. 303. sqq.) zeigen.

18) Eunomia Rom. ad L. 1. D. de rescind. vendit. pag. 684. sq.

19) Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe §. 795.

20) Rational. in Pand. ad L. 1. D. h. t.

ciscente, et liberato adversario, filium quoque obiter liberari für ein Emblem des **Tribonian** zu halten sey.

2) Der Contract muß noch von keinem Theile erfüllt gewesen seyn, wenn er mutuo dissensu aufgehoben werden soll. Nach erfolgter Vollziehung durch Uebergabe der Sache und Bezahlung des Kaufgeldes ist die simple Einwilligung nicht mehr hinreichend, sondern es muß ein neuer Contract geschlossen werden, und der Käufer muß die Sache an den Verkäufer zurückgeben, wenn dieser das Eigenthum der verkauften Sache wieder erlangen soll.

L. 1. Cod. Quando liceat ab emt. disced. Re quidem integra ab emtione et venditione utriusque partis consensu recedi potest. Etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitnr. At enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emtionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit.

Hatte einer von beyden Theilen schon den Handel seiner Seits ganz, oder auch nur zum Theil erfüllt; z. B. der Käufer hatte schon einen Theil des Kaufgeldes bezahlt, und nun wird die Aufhebung des Kaufs verabredet, so giebt ihm dieser Vertrag nach dem römischen Recht keine Klage, um dasjenige, was aus dem Kaufe bereits geleistet worden, zurückzufordern. Denn der mutuus dissensus ist nach dem römischen Recht nur ein pactum liberatorium, und also ein pactum nudum, welches keine Klage wirkte. Zwar behauptete **Aristo**, wie **Neratius**

rius *L.* 58. *D. de pactis* [21]) anführt, wenn ich dasjenige, was ich als Verkäufer leisten mußte, geleistet habe, der Käufer aber mir den Kaufschilling noch schuldig ist, und wir nun hierauf den Vertrag geschlossen haben, wenn du mir alles von Waaren zurückgeben wirst, was ich dir geleistet habe, so sollst du den Kaufschilling nicht bezahlen; so sey der Käufer das Kaufgeld nicht mehr schuldig, wenn er die empfangene Waare zurückgegeben hat. Denn da hier blos auf Billigkeit gesehen wird, so ist es einerley, ob wir, ehe noch ein Theil den Contract erfüllt hat, ausmachen, daß wir den Handel aufheben wollen, oder ob wir den Vertrag

21) *Aristoni* hoc amplius videbatur: si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitissem, et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, *ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitissem, pretium mihi non dares;* tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere: quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit Nec quidquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, *ut ab eo negotio discederetur:* an in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitissem, consentiremus, *ne quid tu mihi eo nomine praestares.* Illud plane conventione, quae pertinet ad resolvendum id, quod actum est, perfici non potest, *ut tu, quod iam ego tibi praestiti, contra praestare mihi cogaris*: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur. Man vergleiche über diese Gesetzstelle BACHOVIUS advers. *Ant.* FABRUM de Errorib. Pragmaticor. Dec. XCV. Err. 8. et 9. et Decad. XCVI. Err. 1. et 2. und *Ger.* NOODT de pactis Cap. XI. *Oper.* T. I. pag. 512.

trag schließen, daß wenn mir alles zurückgegeben wird, was ich geleistet habe, auch der andere Theil mir nichts weiter schuldig seyn solle. Allein die Meinung des Aristo geht doch nur dahin, daß in Absicht auf die liberatorische Wirkung zwischen beyden Verträgen kein Unterschied sey, sondern der Käufer durch den einen eben so, wie durch den andern, von seiner Verbindlichkeit und zwar ipso iure befreyet werde. Adeo enim bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, sagt Ulpian *L.* 7. §. 6. *D. de pactis*, ut constet, in emtione caeterisque bonae fidei iudiciis, re nondum secuta, posse abiri ab emtione.

Das hingegen konnte durch eine Convention, welche blos ein Geschäft wieder aufheben soll, nicht bewirkt werden, daß der andere Theil dasjenige, was ihm bereits aus dem Contract geleistet worden, zurückzugeben verpflichtet werde. Denn hier ist es nicht blos die Absicht der Partheyen, von dem vorigen Geschäft abzugehen, sondern sie wollen zugleich eine neue Verbindlichkeit unter sich festsetzen, welches den Regeln bloßer Verträge entgegen war. Nach dem römischen Recht kann daher blos auf die Erfüllung des Contracts geklagt werden. Setzt nun der Beklagte dem Kläger die Einrede entgegen, der Contract sey mutuo dissensu aufgehoben; so kann der Kläger diese Exception durch die replicatio doli entkräften, nämlich der Beklagte handle unredlich, daß er gleichwohl das Empfangene zurück zu geben sich weigere. Es gehört hieher folgende Gesetzstelle.

L. 2. *Cod. Quando liceat ab emt. disced.* Perfectam emtionem atque venditionem re integra tan-

tum pacto et consensu posse dissolvi constat. Ergo si quidem arrhae nomine aurum datum sit: potes hoc solum secundum fidem pacti recuperare; sin vero partem pretii persolvisti, ad ea, quae venditorem ex venditione oportet praestare, magis actionem (sc. *contractu quaesitam*) quam ad pretii quantitatem, quam te dedisse significas, habes.

Man erkennt zugleich aus diesem Gesetz, daß die gegebene Arrha die Aufhebung des Contracts durch gegenseitige Einwilligung nicht hindert. Denn diese gehört nicht zur Erfüllung des Contracts, und kann auf jeden Fall mit der condictio sine causa zurückgefordert werden.

Da jedoch heut zu Tage auch aufhebende Verträge klagbar sind, so hat es keinen Zweifel, daß jetzt, nach aufgehobenen Contract, geradezu auf Zurückgabe dessen geklagt werden könne, was ein Theil von dem andern bereits aus dem Contract erhalten hat [22].

Es bleibt indessen der Unterschied, ob ein geschlossener Kauf re adhuc integra durch gegenseitige Einwilligung der Contrahenten aufgehoben, oder nach bereits geschehener Erfüllung ein neuer Kauf geschlossen wird, in mancher Hinsicht practisch. Denn wenn z. B. von dem verkauften Grundstück in Veräusserungsfällen eine Abgabe zu entrichten ist, so kann sie in dem ersten Falle gar nicht, in dem andern hingegen doppelt gefordert werden. Hat ferner der Gläubiger in den Verkauf der Hypothek einge-

22) S. WERNHER Select. Observat. fort. Tom. I. P. V. Obs. 133. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. XLI. §. 3. Westphal vom Kaufe §. 797. Weber zu Höpfners Commentar über die Institut. §. 1000. Not. 3.

eingewilliget, so behält er sein Pfandrecht, wenn der Kauf nachher mutuo dissensu wieder aufgehoben wird [23]; dahingegen wacht sein Pfandrecht nicht wieder auf, wenn der Schuldner in der Folge durch einen neuen mit dem erstern Verkauf in keinem Zusammenhange stehenden Handel wieder Eigenthümer der Sache wird, und ihm kein Dolus zur Last fällt [24]. Hellfeld nimmt zwar noch ein Beyspiel vom Retract her, allein man sehe, was dagegen an einem andern Orte [25]) erinnert worden ist.

§. 1028.

B) Rescission des Kaufs wegen Verletzung über die Hälfte.

Ausser dem mutuus dissensus läßt sich B) noch ein anderer Rescissionsgrund aus der Natur des Kaufs, als eines zweiseitigen bonae fidei Contracts, ableiten, welcher darin besteht, wenn der eine oder andere Contrahent durch den Handel über die Hälfte verletzt worden ist [26]. Eine solche Verletzung (laesio enormis seu

 ultra

23) *L.* 10. *pr. D. Quib. mod. pign.*

24) *L. ult. Cod. de remiss. pignor. L.* 8. §. 7. *et* 8. *D. Quib. mod. pignus.*

25) S. den 16. Theil §. 996. S. 196. ff.

26) *L.* 2. *et* 8. *Cod. de rescind. vendit. Cap.* 3. *et* 6. *X. de emt. vendit. Casp.* ZIEGLER de laesione ultra dimidium iusti pretii, eiusque actione ex L. 2. Cod. de resc. vendit. Discursus legalis. *Witemb. Arii* PINELLI ad L. 2. Cod. de resc. vendit. Commentar. *Coloniae* 1584. 8. et *Antw.* 1618. *Hug.* DONELLUS und *Hub.* GIPHANIUS ad L. 2. Cod. de resc. vendit. COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vendit. *Heidelbergae* 1679. (in *Exercitat.* Vol. I. 36.) *Christ.*

ultra dimidium) ist vorhanden, wenn dasjenige, was ein Contrahent erhielt, nicht halb so viel werth ist, als das, was er gab [27]). Ob sie schon nach dem ältern Recht in Betracht gezogen worden sey, ist streitig. Viele [28]) bezwei-

Christ. THOMASII Diss. de aequitate cerebrina L. 2. C. de resc. vend. et eius usu practico. *Halae* 1706. *Io. God.* SCHAUMBURG Diss de aequitate et usu practico L. 2. Cod. de resc. vend. *Vitemb.* 1725. *Io. Andr.* HANNESEN Diss. de immodica laesione eiusque probatione in primis per testes caute instituenda. *Goettingae* 1747. *Io. Christ.* ZINDEL Diss. de laesione enormi contractus, et inprimis venditiones rescindente: praes. *Mich. God.* WERNHER def. *Erlangae* 1762. *Ioach. Ge.* DARIES Diss. de interpretatione et extensione L. 2. C. de resc. vendit. *Trajecti ad Viadr.* 1775 *Henr. God.* BAUER Termini L. 2. C. de resc. vendit. *Lipsiae* 1776. *Herm. Io.* LIENAU Diss. de natura ac indole actionis, quae ob laesionem enormem conceditur. *Goettingae* 1782. *Ignat. Christoph* FREYBOTT Specim. iuris civ. quo contractum emtionis vendit. propter laesionem enormen de se praecise rescindi ad illustrandam L. 2. C de resc. vend. determinatur. *Wirceburgi* 1768. *Ge. Steph.* WIESAND de sensu atque applicatione L. 2. C. de resc. vend. in *Opuscul.* pag. 221. sqq. *Car. Gottfr.* FARES Specim. th. pract. exhibens remedium Legis 2. Cod. de resc. vendit. praes. *Io. Phil.* GREGEL. *Wirceburgi* 1798.

27) S. Joh. Ge. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichs-Prozesses 3. Th. §. 131. S. 65. ff. Gmelin's und Elsäßers gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 4. Band S. 249. Thibaut System des Pand. Rechts 1. B. §. 197. und Ferd. Mackeldey Lehrbuch der Institutionen. §. 553

28) *Hub.* GIFHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. Cod. de resc. vendit. pag. 304. sqq. *Io.* SCHILTER Prax.

zweifeln dieses, und halten die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** für diejenigen römischen Gesetzgeber, welche zuerst in der *L. 2. Cod. de resc. vend.* einen Kauf wegen der Verletzung im Preise anzufechten gestattet hätten. Soviel ist zwar gewiß, daß es dem Geist der Handlung und des gemeinen Verkehrs offenbar entgegenstreiten würde, wenn man hier immer eine genaue Gleichheit zwischen Waare und Preis beobachtet wissen wollte, so fern die Bestimmung des letztern den Contrahenten überlassen ist. Denn das ist nun einmal Handelsgebrauch, daß der Verkäufer seine Waare so theuer, als möglich, zu verkaufen, und der Käufer für sein Geld so wohlfeil, als möglich, zu kaufen sucht. Dieses mißbilligen auch gar nicht die Gesetze, wenn nur kein Theil den andern betrogen hat, wie aus folgenden Stellen der Pandecten erhellet.

L. 16. §. 4. D. de minorib. Idem POMPONIUS ait, in pretio emtionis et venditionis *naturaliter* licere contrahentibus se circumvenire.

L. 22. §. 3. D. Locati. Quemadmodum in emendo et vendendo *naturaliter* concessum est, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere; et ita invicem se circumscribere: ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.

L. 23. D. eodem. Et ideo, praetextu minoris pensionis locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest.

Insti-

Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. §. 90. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. w. und Schweppe Röm. Privatrecht 2. Band §. 393.

Justinian nennt das, was hier durch *naturaliter* ausgedrückt wird, *Nov. XCVII. cap.* 1. ἐμποριϰῶς, welches in der alten lateinischen Version durch negotiative, von Haloander und Homberg aber zierlicher durch *ut in commerciis fieri solet*, sese mutuo circumscribere, übersetzt wird [29]. Mit Recht trugen daher die römischen Gesetzgeber Bedenken, um jeder Uebertheurung willen, eine Klage auf Rescission des Contracts zu gestatten, wenn sich auch der Verkäufer die Nothdurft des Käufers zu Nutze gemacht hatte, wie die in den Schriften der klassischen Auctoren hin und wieder vorkommenden Beyspiele beweisen [30]. Daß man indessen auch eine übermäßige Läsion unberücksichtiget gelassen haben sollte, läßt sich aus den angeführten Stellen der Pandecten keineswegs folgern, weil eine solche Ungleichheit mit der bona fides in Widerspruch steht [31]. Nam bono et aequo non

29) S. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 49. D. de act. emti et vend. pag. 471. sqq.

30) PLAVTUS in *Mostellaria* Actu III. Sc. II. v. 113. *Si male emtae forent, nobis istas redhibere haud liceret.* SENECA *de benefic.* Lib. VI. c. 15. Venditori nihil debet, *qui bene emit.* Der Ausdruck *bene* emere heißt hier nichts anders, als wohlfeil kaufen, so wie *male* emere theuer kaufen. S. CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. c. 32. Eben dieser SENECA sagt *Controv.* 26. Non possum domum habere, nisi hanc emero, nulla alia vaenalis est; hanc occasionem videt venditor, et premit, *non tamen hanc emtionem rescindes;* alioquin in infinitum calumnia excedet. S. *Rad.* FORNERIUS Rerum Quotidianar. Lib. VI. cap. 20. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. II. pag. 300. sqq.)

31) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Hactenus.* pag. 410. Anderer Meinung ist Schweppe röm. Privatrecht. 2. Band §. 394.

non convenit, sagt Pomponius *L.* 6. §. 2. *D. de iure dot.* aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum. Bey der aestimatio dotis, welche bekanntermaßen als ein Kauf angesehen wird [32]), mußte daher, wenn der Preis zu gering war, der Mann entweder das Fehlende zulegen, oder das Heyrathsgut in Natur zurückgeben [33]). Zwar könnte man hier sagen, dieses habe auf einer besondern Begünstigung des Heyrathsguts beruhet [34]); allein daß es doch auch ausser diesen Fall dem Richter bey den bonae fidei Contracten erlaubt gewesen seyn müsse, eine unbillige Läsion nach Befinden der Umstände zu emendiren, läßt sich aus der *L.* 2. *D. depositi* und *L.* 79 *D. pro socio* nicht undeutlich schließen [35]). Ja viele [36]) glauben, daß diese Art der Verletzung schon unter der allgemeinen prätorischen Clausel begriffen gewesen sey. Wie groß indessen die Verletzung habe seyn müssen, wenn deshalb ein Handel wieder aufgehoben werden konnte, scheint anfangs nicht gesetzlich bestimmt gewesen zu seyn, sondern es beruhete noch alles auf dem richterlichen Ermessen [37]). Die Kai-

32) *L.* 10. §. 5. *in fin. D. de iure dot.*

33) *L.* 12. §. 1. *D. eodem.*

34) Nach *L.* 6. *Cod. Soluto matrim.* konnte sich jedoch auch der Mann bey der Schätzung des Heyrathsguts über erlittene Läsion beschweren, und brauchte dann nichts mehr, als das pretium iustum, zu restituiren.

35) S. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. VI. cap. 16.

36) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. LIENAU Diss. cit. §. 2. Westphal vom Kauf. §. 802.

37) *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iur. civ. Diss. XII §. 1. *de* COCCEJI c. l.

Kaiser Diocletian und Maximian gaben zuerst in der *L. 2. Cod. de resc. vendit.* durch die Bestimmung der Größe der Verletzung dem Richter eine bestimmte Vorschrift an die Hand [38]. Die Verordnung ist ein Rescript an einen gewissen **Lupus**, und lautet folgendermaßen.

Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias. *Minus* autem *pretium* esse videtur, *si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

Dieselben Kaiser haben nachher nochmals bey einer andern Gelegenheit diese Verordnung mit einer ausführlichern Erläuterung wiederholt, nämlich durch ein Rescript an **Evodia**, welches die *L. 8. Cod. eodem* in folgenden Worten darstellt.

Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, *quod paulo minore pretio fundum venditum significas*, ad rescindendam venditio-

38) CUJACIUS Observation. XXIII. c. 24. glaubt jedoch, es müsse diese Bestimmung schon vorher als Rechtsnorm bestanden haben, weil die *L. 47. D. de evict.* lehre, daß ein Kauf bis auf die Hälfte des wahren Werths nicht ungültig gewesen sey. Allein daß sich daraus kein sicheres Argument herleiten lasse, hat schon SCHILTER in Prax. iur. Rom. Exercit. XXX. §. 91. bemerkt.

ditionem invalidum est. Quodsi videlicet contractus emtionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emtor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emtore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium: profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emtionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum, vel statim, vel post pretii quantitatis disceptationem: *nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset, electione iam emtori praestita servanda.*

Durch die Verordnungen der nachfolgenden Kaiser vor Justinian ward nun zwar alles abgeändert, und der Grundsatz eingeschärft, daß ein gültig abgeschlossener Kauf nie aus dem Grunde allein, daß der Preis zu gering sey, solle angefochten werden können, wenn sonst kein Betrug dabey vorgegangen ist; wie die Verordnungen der Kaiser Constantin I. [39]), Gratian, Valentinian und Theodos [40]), nicht minder des Arcadius und Honorius [41])

39) *L. 1. Cod Theod. de contrah. emt. vend.* Venditionis atque emtionis fidem, nulla circumscriptionis violentia factam, rumpi minime decet. *Nec enim sola pretii vilioris querela, contractus, sine ulla culpa celebratus, litigioso strepitu turbandus est.*

40) *L. 4. C. Th. eodem.* Quisquis maior aetate, atque administrandis familiarum suarum curis idoneus comprobatus,

beweisen. Wenn **Westphal** [42]) glaubt, es sey vielleicht damals das, was des **Diocletians** und **Maximians** Rescript enthält, noch nicht im Gebrauch gewesen, oder man müsse diese neuern Verordnungen von einer Verletzung unter die Hälfte verstehen; so kann ich ihm weder in dem Einen noch dem Andern beystimmen. Denn sicher war dieses Rescript in dem Gregorianischen oder Hermogenianischen Codex, welche vorzüglich die Rescripte dieser Kaiser enthielten, aufgenommen. Beyde Codices aber hatten gerichtlichen Gebrauch. Daß auch die Verordnungen der christlichen Kaiser nicht blos auf den Fall einer Verletzung unter die Hälfte zu beschränken sind, erhellet daraus, weil sie ganz allgemein reden [43]). Kaiser **Justinian** stellte jedoch die Verordnungen der Kaiser **Diocletian** und **Maximian** wieder her, und nahm sie, mit Hinweglassung, zum Theil auch Interpolation der ihnen entgegen gesetzten Verordnungen [44]) in seinen Codex auf, und die Päbste bestätigten sie ebenfalls in ihren Dekretalen [45]).

Nach

batus, praedia etiam procul sita distraxerit, etiamsi praedii forte totius quolibet casu minime facta distractio est, repetitionis in reliquum, *pretii nomine vilioris*, copiam minime consequatur.

41) *L. 7. C. Th. eod.* Semel inter personas legitimas initus emti contractus et venditi *ob minorem adnumeratam pretii quantitatem* nequeat infirmari.

42) Vom Kaufe §. 154.

43) Man sehe *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de contrah. emt. Tom. I. Lib. III. Tit. 1. pag. 279. edit. *Ritter*.

44) Nämlich die *L. 1. et L. 7. Cod. Theod. de contrah. emt.* sind im Justinianeischen Codex ganz weggelassen worden,

offen-

Nach den Verordnungen der Kaiser Diocletian und Maximian kann also ein Kauf wegen einer Verletzung im Werth dann angefochten werden, wenn eine Verletzung über die Hälfte erweislich ist, und diese besteht nach der Bestimmung derselben darin, wenn der Verkäufer noch nicht einmal die Hälfte des wahren Werths für die verkaufte Sache erhalten hat. Da aber beyde Rescripte blos von dem Verkäufer reden, so entstehen zwey sehr streitige Rechtsfragen, welche hier näher zu erörtern sind. Es fragt sich nämlich,

I) ob auch der Käufer sich wegen einer Verletzung über die Hälfte beklagen könne? Erwägt man, daß nicht blos die beyden Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian, sondern auch die dieselben aufhebenden spätern Verordnungen der christlichen Kaiser blos vom Verkäufer und dessen Läsion reden, und daß auch die Rubrik des Titels *de rescindenda venditione* im Just. Codex nicht so von ungefähr gefaßt zu seyn scheint; so läßt sich freylich nicht ohne Grund bezweifeln, ob dem Käufer ein gleiches Recht zu gestatten sey. Cujas [46]) meint zwar, vor ihm habe Niemand daran gedacht, dem Käufer die Wohlthat der L. 2. abzusprechen. Allein darf man der Bemerkung des Mornac [47]) glauben, so war Carl Dü Mo-

offenbar aus keinem andern Grund, als weil sie der *L.* 2. *et* 8. *Cod. Iust. de resc. vend.* entgegen waren. Die L. 4. ist zwar in den Just. Codex aufgenommen, und ist *L.* 15. *C. h. t.* allein interpolirt. Statt pretii nomine vilioris heißt es jetzt *paulo vilioris pretii nomine.*

45) *Cap.* 3. *et* 6. *X. de emtione et vendit.*

46) Observat. Lib. XVI, cap. 18. in fin.

47) Comm. ad L. 2. C. de resc. vendit.

Molin [48]) der erste, welcher dieses that. Johann Schilter [49]) behauptet sogar, daß auch schon vor Cujas Franz Duaren [50]) gleicher Meinung gewesen sey. Allein er irrt. Duaren sagt nur: De emtore circumscripto nihil scriptum in iure civili comperimus. Nam rescriptum *Diocletiani* lex constitutiove non est: alioqui generaliter constituendum ab eo fuisset, nec de venditore tantum loquendum. Rescripta namque huiusmodi certarum causarum ac personarum erant, quae *Iustinianus* in suum Codicem congessit, pro legibus haberi generalibus voluit. Proinde quod de venditore a *Diocletiano* rescriptum est, ad *emtorem* ita producere necesse est, ut inter emtorem et venditorem aequalitas et proportio servetur. Anton Favre [51]), welcher dem Cujas folgte, hält jedoch diesen seinen Lehrer für den erstern, von welchem jene Meinung ausgegangen sey. Emund Merille [52]) rügt hiebey die Unbeständigkeit des Cujas in seinen Behauptungen. Denn in seinen Erklärungen über *L.* 16. §. *Idem Pomponius D. de minorib.* und *L.* 2. *Cod. h. t.* habe er dem Käufer jene Wohlthat ohne Bedenken eingeräumt. Merille hält indessen die erstere, blos auf

48) MOLINAEUS ad Consuetud. Paris. §. 22. nr. 46. et in Tract. Commerciorum et usurar. Qu. XIV. nr. 175. pag. 199. (*Coloniae* 1577. 8.)

49) Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 91.

50) Comm. ad L. 36. D. de Verbor. obligat. (in *Eius* Operib. pag. 740.)

51) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. VIII. Err. 7.

52) Variantium ex Cujacio Lib. II. cap. 5.

auf den Verkäufer sich beschränkende Erklärung der *L. 2. Cod. h. t.* für die richtigere, und hat sie noch durch mehrere Gründe zu unterstützen gesucht [53]). Am meisten kämpfte jedoch gegen die Ausdehnung derselben auf den Käufer **Caspar Schifordegher** [54]), welcher zugleich bemerkt, **Robert** und **Fachinäus** hätten den Cujas so hart angegriffen, daß wenn sich sein **Favre** nicht seiner angenommen hätte, es um die gute Sache geschehen gewesen wäre, weil sie **Cujas** nicht standhaft genug vertheidiget habe. Für diese Meinung erklärte sich auch **Hugo Grotius** [55]), und unter den neuern haben sie **Madihn** [56]), **Malblanc** [57]), **Weber** [58]) und **Müller** [59]) vorzüglich in Schutz genommen. Die Hauptgründe sind. 1) Der Verkäufer verdiene eher Mitleiden und Begünstigung, als der Käufer, da erster insgemein aus Noth verkaufe, und, um nur Geld zu erhalten, die Sache für einen geringen Preis hingebe; dahingegen der Käufer, den keine Noth treibt, nur zu seinem Vortheil und Bequemlichkeit kaufe [60]; und kaufe

53) Observation. Lib. VI. cap. 16.

54) Ad *Ant.* FABRUM Lib. III. Tract. XIII. Qu. 5. et 6. pag. 166. sqq.

55) Florum sparsio ad ius Iustinian. ad L. 2. C. h. t. pag. 381.

56) Princip. iuris Rom. P. II. §. 172. et ad *Mencken* Doctr. de actionib. forens. not. 653. pag. 227.

57) Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 551.

58) Syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 41. S. 116.

59) Observation. pract. ad *Leyserum* Tom II. Observat. 425.

60) SALVIANUS de providentia Dei, auf den sich **Cujas** und **Grotius** berufen, sagt: *Ferme omnis contractus hoc in se*

kaufe er ja zu theuer, so müsse er es seiner Thorheit zuschreiben. Daß sey wenigstens die auf Erfahrung gegründete Ansicht der Gesetze [61]) und treffe sie denn auch nicht immer zu, sondern trete zuweilen der Fall ein, daß auch ein Käufer eine Sache aus Nothwendigkeit kauft; so könnten solche ausserordentliche Verhältnisse keine Ausnahme von der Regel begründen, weil die Legislation nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge ihr Augenmerk richte, und daher ihre Vorschriften nicht auf die Eigenheit eines jeden besondern Falles, sondern nur auf solche Verhältnisse und Folgen bauen könne, welche gemeiniglich Statt finden [62]). 2) Die Verordnung der L. 2. Cod. de resc. vend. weiche von den Vorschriften des Naturrechts ab [63]); sie könne also auch nicht weiter angewendet werden, als es den Gesetzgebern gefallen habe, davon abzuweichen, und lasse daher, schon als Ausnahme von der Regel, keine Aus-

se habet, ut invidia penes emtorem, inopia penes venditorem esse videatur: quia emtor emit ad hoc, ut substantiam suam augeat, venditor ad hoc vendit, ut minuat. Merille fügt noch eine Stelle aus LIBANIUS *Declamat.* hinzu: εὐδαίμων, ὠνεῖσθαι δυνάμενος, ὁ δὲ ἄθλιος πωλεῖν βεβιασμένος: *Felix, qui potest emere; infelix, qui cogatur vendere.*

61) *L. 36. §. 1. D. Mandati. L. 12. et L. 16. Cod. de resc. vendit. L. 1. Cod. de praed. decurion. L. 2. Cod. Sine censu vel reliquis. L. 3. pr. L. 61. D. ad Leg. Falcid. L. 44. §. 1. D. de damno infecto.*

62) *L. 3. 4. 5. et 6. D. de Legibus.*

63) GROTIUS de iure belli ac pacis Lib. II. cap. 12. §. 26. et ad Eundem *de* COCCEJI. ACHENWALL Ius nat. Lib. I. Sect. II. Tit. 8. §. 203. Höpfner Naturrecht §. 92.

Ausdehnung zu. Dieser Gründe ungeachtet hat dennoch die entgegengesetzte Meinung von jeher bey weitem die meisten Anhänger gehabt. Ob sie schon den Griechen gefallen habe, wie **Robert** [64]), einer der eifrigsten Vertheidiger derselben, behauptet, ist sehr zweifelhaft. Die Stelle aus **Harmenopulus** [65]), worauf er sich beruft, ist wenigstens corrupt, wie **Cujas** [66]) sehr deutlich gezeigt hat. Dahingegen spricht die Novelle 2. des griechischen Kaisers **Romanus Senior** ausdrücklich nur von dem Verkäufer [67]). Soviel ist aber gewiß, daß schon die Glosse sowohl des römischen als des kanonischen Rechts die L. 2. auf den Käufer ausdehnt. Unter den neuern Rechtsgelehrten haben für diese Meinung vorzüglich gestritten **Hugues Doneau** [68]), **Hubert von Giffen** [69]), **Johann Jacob Wissenbach** [70]), **Gerhard Noodt** [71]), **Johann Voet** [72]), **Wolfgang Adam Lauterbach** [73]), **Samuel**

64) Animadversion. Lib. II. cap. 13.

65) Manuale Legum Lib. III. Tit. 3. nr. 72.

66) Mercator Lib. II. cap. 13.

67) Auch die *Basilica* Tom. II. Lib. XIX. Tit. 2. pag. 381. haben hierin nichts geändert.

68) *Hug.* DONELLUS Comment. ad L. 2. Cod. de resc. vendit. nr. 17. pag. 328. (*Francof.* 1599. f.)

69) *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 2. C. h. t. ad verb. *Distraxerit.* pag. 307. sqq.

70) In libros VII. Cod. Commentat. ad L. 2. C. eod. pag. 316.

71) Commentar. ad Dig. h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 411.)

72) Comment. ad Pand. h. t. §. 5.

73) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23.

muel von Cocceji [74]) und Carl Friedrich Walch [75]); an welche sich denn auch die meisten heutigen Rechtsgelehrten [76]) angeschlossen haben. Diese Meinung ist jetzt in der Praxis [77]) so allgemein herrschend, daß es zur Unterstützung derselben fast keiner Gründe mehr bedarf. Daß es ihr jedoch auch gar nicht an Gründen fehle, welche gewiß jenen, für die erstere, an Gewicht nichts nachgeben, ergiebt sich aus Folgendem. 1) Beyde Gesetze die L. 2. und L. 8. Cod. de resc. vendit. sind, ihrem Ursprung nach, Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian, welche an einzelne Personen gerichtet sind. Sie enthalten nun zwar, dem Wortverstande nach, nur eine Entscheidung über den Fall, wenn der Verkäufer über die Hälfte verletzt worden ist, aber offenbar nur darum, weil er ihnen so vorgelegt war, ohne über den andern Fall, nämlich wenn der Käufer der verletzte Theil ist, abzu-

74) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

75) Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. § 23.

76) WIESAND Opusc. pag. 225. Westphal vom Kauf §. 807. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 7. not. f. et g. Tom. II. pag. 419. Zirkler Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. S. 82. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. nov. T. II. §. 973. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1936. Thibaut System des Pand. Rechts 1. B. §. 197. denen noch beyzufügen ist *Io. Fr. Ad.* KOCH Diss. de L. 2. Cod. de resc. vendit. etiam ad emtorem extendenda. *Argentorati* 1759.

77) MEVIUS P. III. Decis. 192. not. 2. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 93. CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Const. 34. Def. 8.

abzusprechen. Diesen also von der Wohlthat des Gesetzes auszuschließen, streitet nicht nur gegen die Absicht der Gesetzgeber, weil dieses durch ein argumentum a contrario geschehen müßte, welches bey Rescripten in dem Justinianeischen Codex höchst bedenklich und unzuverläßig ist [78]); sondern es streitet auch gegen den ganzen Geist des Codex, nach welchem die darin aufgenommenen Rescripte nicht als Gesetz blos für den Fall zu betrachten sind, welchen sie betrafen, sondern die diesen Fall betreffende Entscheidung auch als Entscheidung jedes andern gleichen Falles zu betrachten ist [79]). Denn die Kaiser entschieden in ihren Rescripten die ihnen vorgelegten Fälle insgemein nur nach dem gemeinen Recht. Nach dem Princip des gemeinen Rechts ist es aber beyden Theilen erlaubt, sich durch wohlfeilen Kauf, oder theuren Verkauf einen Vortheil zu verschaffen, so lange nicht die Ungleichheit zwischen dem, was ein Theil dem andern giebt, und dagegen empfängt, bis zu dem Grad einer abzuändernden Unbilligkeit hinaufsteigt. In *emendo* et *vendendo* naturaliter concessum est *contrahentibus* se *invicem* circumscribere [80]). Es muß also auch jedem Theile das Recht zustehen, sich über Verletzung zu beschweren, wenn die Ungleichheit jenen Grad der Unbilligkeit erreicht hat, welchen das Gesetz emendirt wissen will, und es hätten daher die Kaiser bey dem Käufer nicht anders entscheiden können, als sie bey dem Verkäufer entschieden haben. Man erkennt dieß 2) noch

78) S. *Ger.* NOODT in Dioclet. et Maximiano. Cap. 2.

79) Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 31.

80) *L.* 16. §. 4. *D. de minorib.* *L.* 22. §. *ult.* *D.* *Locati.* Glücks Erläut. d. Pand. 17. Th.

noch mehr daraus, weil die Kaiser den Grund ihrer Entscheidung in der Billigkeit setzen. Humanum est etc. Diese Billigkeit hat aber offenbar nicht in einer besondern Begünstigung des Verkäufers, sondern in der enormen Verletzung desselben ihren Grund. Die Wohlthat dieses Gesetzes ist also ein beneficium *causae*, non *personae*, und muß folglich auch nach der Absicht des Gesetzes dem Käufer in demselben Falle eben so gut, wie dem Verkäufer, zu statten kommen. Denn daß der Verkäufer immer aus Noth zu wohlfeil verkaufe, weil in einigen hierher gar nicht gehörigen Gesetzen von einem Verkauf aus Noth die Rede ist, ist, wie **Wissenbach** mit Recht sagt, eine inepta differentiae ratio; da der Fall gewiß nicht seltener ist, daß auch der Käufer aus Nothwendigkeit kauft. Hätten nun die Gesetzgeber ihre Entscheidung auf jenen Grund wirklich gebauet, so wäre er viel zu wichtig gewesen, um ihn so ganz mit Stillschweigen zu übergehen. Endlich 3) den Ausschlag für das gleiche Recht des Käufers giebt die Natur des Contracts. Denn bey einem Geschäft, das seiner Natur nach den beyderseitigen Vortheil bezweckt, wäre es, wie **Zirkler** [81]) ganz richtig sagt, eine Aufhebung des Gleichgewichts der gegenseitigen Verhältnisse, wenn man dem einen Theile eine Rechtswohlthat wollte angedeihen lassen, die nicht unter völlig gleichen Umständen auch dem andern Theile zu statten käme.

II. Die andere Frage, welche eben so streitig ist, betrift die Berechnung der Verletzung über die Hälfte auf Seiten des Käufers. Darin sind zwar alle Rechtsgelehrten

81) Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. S. 82.

ten einverstanden, daß zwischen beyden Theilen, dem Käufer und Verkäufer, ein gleiches Verhältniß beobachtet werden müsse, weil beyde gleiche Rechte haben. Allein nach welcher Norm diese Gleichheit zu bestimmen sey, dieß ist eigentlich der Punct, worüber gestritten wird. Es giebt hierüber bekanntlich zweyerley Meinungen.

I. Die eine Parthey hält den Käufer schon dann für enorm verletzt, und der Wohlthat des Gesetzes würdig, wenn er, außer den wahren Werth der Sache, noch etwas über die Hälfte desselben bezahlt hat. Z. B. der Käufer hat für eine Sache, die nur 10 Rthlr. werth ist, 16 Rthlr. bezahlt. Dieß ist die Meinung der Glosse. Nicht nur **Azo** [82]) und **Accursius** [83]) vertheidigten sie, sondern auch die Glossatoren des Canonischen Rechts [84]). Ihr stimmten auch **Baldus** [85]) und **Bartolus** [86]) bey. Vorzüglich aber gaben ihr unter den spanischen Rechtsgelehrten **Johann Gutierrez** [87]), **Didacus Covarruvias a Leyva** [88]), **Anton Gomez** [89]) und **Augustin Barbosa**

82) Summa in ius civ. Tit. de resc. vend. nr. 4.

83) Gloss. ad L. 2. C. h. t.

84) Glossa ad cap. 6. X. de contrah. emt. verb. *Dimidium*.

85) Com. in Cod. h. t. nr. 21. fol. 123. b. (*Lugd.* 1556.)

86) *Oper.* (*Frfti.* 1615.) P. II. fol. 1008.

87) Pract. Quaestion. Lib. II. Qu. 133. in *Eiusd.* Operib. *Francof.* 1619. p. 324. sqq.

88) Variar. Resolut. Lib. II. Cap. III. nr. 8. (*Operum Lugduni* 1661. *f.* Tom. II. pag. 124. sq.)

89) Varior. Tom. II. Cap. 2. nr. 22.

bosa [90]) Beyfall. Unter den Ausländern dürfen jedoch auch Jacobus Curtius [91]) und Johann Voet [92]) nicht unbemerkt bleiben. Allein keiner kämpfte wohl mit so viel Eifer für die Meinung der Glosse, als Gottlieb Gerhard Titius [93]) welcher deshalb mit Recht unter den deutschen Rechtsgelehrten zuerst genennt zu werden verdient. Nach ihm haben sich noch Johann Adam von Ickstatt [94]), Samuel von Cocceji [95]) und Joachim Georg Daries [96]) als Vertheidiger derselben vorzüglich bekannt gemacht. Man nimmt bey dieser Berechnungsart eine arithmetische Proportion an, wornach man die Gränzen der Läsion bestimmt. Der Werth der Sache wird

90) Collectan. in Cod. h. t. nr. 107. 108. (*Lugduni* 1637.) T. II. p. 216.

91) Εικαστων s. Conjectur. iur. civ. Lib. I. cap. 50. (*in Th. iur. Rom. Otton.* Tom. V. pag. 151.)

92) Comment. ad Pand. h. t. §. 5.

93) Observation. ratiocinant. in Compend. iuris Lauterbachian. (*Lipsiae* 1703.) h. t. Obs. 542.

94) Specim. iuris civ. de laesione enormi in contractu emtionis venditionis recte computanda. *Wirceburgi* 1734. (in *Eius* Opuscul. iurid. *Aug. Vindelicor.* 1747. 4 edit. Tom. I. Nr. IV.) *Eiusdem* Schediasma apologeticum de laesione enormi recte computanda, quo modum laesionem enormem in emtore perinde atque in venditore ex dimidio veri et iusti pretii haud ita pridem a se stabilitam adversus ea, quae pro sententia contraria obmovet *I. U. Cramer*, amice defendit. *Wirceburgi* 1735.

95) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

96) Diss. de interpretatione et extensione L. 2. Cod. de resc. vendit. *Trajecti ad Viadr.* 1775.

wird hier zum arithmetisch proportionalen Mittelpunct zwischen der gesetzlich bestimmten Gränze der Läsion auf Seiten des Verkäufers, und der Gränze der Verletzung auf Seiten des Käufers gemacht. Wenn also die Sache 10 Rthlr. werth ist, so ist 10 nach der arithmetischen Proportion die Mitte zwischen 5 und 15. Die Zahlen 5, 10 und 15 folgen demnach in einer arithmetischen Progression auf einander. Man schließt nach diesem Verhältniß nun folgendermaßen. Ist der Verkäufer, wenn er für eine Sache, welche 10 Rthlr. werth ist, noch nicht 5 Rthlr. erhalten hat, enorm oder über die Hälfte verletzt, so muß auf gleiche Weise auch der Käufer enorm verletzt seyn, wenn er für eine Sache, die nur 10 werth ist, mehr als 15 bezahlt hat.

II. Die andere Parthey hingegen nimmt auf Seiten des Käufers nur dann erst eine Verletzung über die Hälfte an, wenn das, was er für die Sache bezahlt hat, den doppelten wahren Werth der Sache übersteigt. Z. B. der Käufer hat für die Sache, welche nur 10 Rthlr. werth ist, 21 Rthlr. bezahlt. Man nimmt bey dieser Berechnungsart ein geometrisches Verhältniß an, so daß also hier der wahre Werth der Sache zur geometrisch proportionalen Mittelgröße zwischen beyden Gränzen der Läsion sowohl auf Seiten des Verkäufers als auf Seiten des Käufers gemacht wird. Wenn also die Sache 10 Rthlr. werth ist, so sind die Gränzen der Läsion auf Seiten des Verkäufers 5, auf Seiten des Käufers 20, weil 10 die geometrische Mittelgröße zwischen 5 und 20 ist, folglich die Zahlen 5, 10, 20 in geometrischer Proportion fortschreiten. Diese Meinung muß schon zu den Zeiten der Glossatoren ihre Vertheidiger gefunden haben, wie

man aus der Aeußerung des Accursius in der Glosse über die *L.* 2. *C. h. t.* sieht, wenn er sagt: Sed quae est haec dimidia? Dic in *emtore* decepto, si res valet decem: emit pro XVI. *licet alii dicant, emit pro XXI.* quod non placet, quia tunc non dimidiam iusti pretii, sed duplum egreditur. Allein schon **Cynus** [97]) hat diesen Grund sehr gut beantwortet. Unter den nachfolgenden Rechtsgelehrten gebührt dem **Carl Dü Molin** [98]) das Lob, den Irrthum der Gloße zuerst am einleuchtendsten aufgedeckt zu haben, denn seine ganze Absicht war, semel erroris radices funditus ita convellere, et veritatem stabilire, ut nemo posthac, qui haec legerit, in hoc errare possit. **Cujas** [99]) versagt ihm selbst dieses Lob nicht, er tadelt es nur, daß er seinen Gegenstand salebrosa nimis et incondita oratione behandelt habe. Wie richtig indessen **Dü Molin** die Quelle des Irrthums entdeckt, und wie leicht aller Irrthum durch eine deutlichere, obwohl in den Worten der *L.* 2. *C. h. t.* liegende Bestimmung hätte vermieden werden können, erhellet aus folgenden Worten desselben. Causa erroris praecipua fuit, sagt er, indiscreta proportio et confusio relationum, quoniam proportionem pretii referunt ad utrumque contrahentium, non solum ad venditorem, ut in d. *L.* 2. sed etiam ad emtorem, quod est ineptum. — Nam licet res et pretium sint idem respective, hoc est, eandem proportionem et similem habitudinem habeant propriis

97) Comment. in Cod. h. t. nr. 7. (*Francof.* 1578.)

98) Tractat. Commercior. et usurarum Qu. XIV. nr. 175.

99) Observat. Lib. XVI. cap. 18.

priis suis respectibus, videlicet secundum obiecta vel personas, ad quas referuntur, et quibus debentur: tamen non sunt idem respectu eiusdem personae vel obiecti, ut sensus communis ostendit, et sic non debent hâe relationes confundi: alioquin tota doctrina perturbaretur. — Modo in proposito, si constet, venditorem esse deceptum, et quaeritur quantum sit deceptus, an ultra vel ci tra dimidiam, brevis et expedita doctrina datur in d. *L.* 2. in fine, ut inspiciatur, an pretium conventum sit infra dimidiam veri pretii. Poterat autem dari doctrina, ut non minus vera et certa, ita doctrinalior, generalior, et magis methodica, inspiciendo, *quantum res vendita supervaleret pretio convento:* et tunc dicendum fuisset, quod si supervaleret ultra duplum, tunc esset venditor laesus ultra dimidiam: si vero res duplo tantum supervaleret, esset laesus in dimidia tantum, et non ultra dimidiam: si vero supervaleret aliquanto, sed minus duplo, tunc esset laesus infra dimidiam tantum. Quae ratio, quamquam necessario tacite insit, et eliciatur per praedicta: tamen si fuisset expressat nunquam ortus esset, et multo minus invaluisse, ille vulgaris error. *Omnes enim idem statim viditsent ex parte emtoris, videlicet eum non esse deceptum ultra dimidium, nisi pretium plus duplo supervaleres rei emtae.* Ihm folgten Franz Duaren [100]), Arius Pine-

100) Comm. ad L. 36. D. de verb. obligat. (in *Operib.* Francof. 1592. pag. 740.)

Pinelus [1]), Hugues Doneau [2]), Hubert von Giffen [3]), Anton Merenda [4]), Anton Perez [5]), Georg Frantzke [6]), Mästertius [7]), Diodor Tulden [8]), Johann Fried. Böckelmann [9]) und Peter von Toullieu [10]). Durch Joseph Averani [11]), Jer. Eberh. Linck [12]) und Johann Ulrich von Cramer [13]) ward aber diese Meinung über alle juristische Zweifel, und durch Johann Friedrich Polack [14]), Johann Samuel Traug.

1) Comment. ad L. 2. Cod. h. t. P. I. Cap. 2. nr. 7. sqq. pag. 181. (*Coloniae* 1584. 8.)

2) Commentar. ad Cod. Lib. IV, Tit. 44. h. L. 2. nr. 17.

3) Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. h. t. p. 302. sq.

4) Controvers. iuris Lib. I. cap. 36. §. 5.

5) Praelection. in Cod. Lib. IV. Tit. 44. §. 8.

6) Variarum Resolution. Lib. III. Res. 3. nr. 11. sqq.

7) Quaestion. illust. h. t. Qu. 1. pag. 484.

8) Commentar. in Cod. h. t. nr. 3.

9) Commentar. in Dig. h. t. §. 3. Qu. 13. p. 631.

10) Collectan. iuris civ. Diss. XII. §. 7. et 8. pag. 335. sqq.

11) Interpretat. iuris Lib. III. cap. 7.

12) Diss. I—III. de falsa et irrationabili Hispanorum computatione in emtoris indaganda enormi laesione. *Argentorati* 1724. 1731. *et* 1732.

13) Disquisit. de laesione enormi recte computanda: in EIUS *Opuscul.* Tom. III. (*Marburgi* 1755. 4.) Nr. XXII.

14) Mathesis. forens. I. Abth. Kap. 2. Abh. 8.

Traug. Gehler [15]), Carl Chass. von Florencourt [16]), und Lud Herrenschneider [17]) bis zur mathematischen Evidenz erhoben. Die Praxis hat sich auch für diese Meinung schon längst entscheidend erklärt [18]), und in den neuern Systemen [19]) ist sie durchgehends angenommen. Der Unterschied zwischen beyden Meinungen liegt also lediglich darin, daß nach der erstern Berechnung ein arithmetisches, nach der letztern aber ein geometrisches Verhältniß zum Maasstabe angenommen wird. Erwägt man nun, daß keine Größe absolut, sondern nur aus der Vergleichung mit einer Einheit oder einem gewissen Ganzen erkannt, und folglich nicht nach einem arithmeti-

15) Commentat. de laesione emtoris ultra dimidium recte computanda. *Lipsiae* 1777.

16) Abhandlungen aus der iurist. und politischen Rechenkunst. (Altenburg 1781.) Kap. VII. S. 243. ff.

17) Diss. I. et II. de laesionis enormis computatione. *Argentorati* 1784. et 1785. 4.

18) CARPZOV P. II. Const. 34. Def. 8. MYNSINGER Cent. IV. Obs. 73. nr. 3. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. §. 96. et 97. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 86. Pet. MÜLLER ad Eundem und Joh. Ludw. Schmidt hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. Band Nr. CIX. S. 385. ff.

19) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1937. Westphal vom Kauf §. 808. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 551. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 870. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 197. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 974. Schweppe Röm. Privatrecht. 2. Band §. 394.

metischen, sondern geometrischen Verhältniß bestimmt und abgemessen werden kann; so kann auch wohl bey der Berechnung der Größe einer Läsion kein anderes Verhältniß Statt finden. Unmöglich konnten daher die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** bey der Bestimmung einer enormen Verletzung auf Seiten des Verkäufers ein anderes Verhältniß, als das geometrische, zum Maasstabe annehmen, da dieses Verhältniß bey jeder Vergleichung das einzig wahre in dem Innersten unserer Seele tief gegründete Gesetz unseres Verstandes ist, nach welchem wir handeln, und welches nie trügt. Dieß ist daher auch das Verhältniß, welches die Gesetze beym Handel und Verkehr in Ansehung der versprochenen Prästationen überall beobachtet wissen wollen, wie ich schon bey einer andern Gelegenheit ausführlicher gezeigt habe [20]). So wie nun schon nach dieser Betrachtung die von der Glosse angenommene Berechnungsart als höchst unwahrscheinlich und dem Geist der Gesetze nicht angemessen erscheint; so ergiebt sich die offenbare Unrichtigkeit derselben sofort daraus, daß nach dem von der Glosse zum Grunde gelegten arithmetischen Verhältniß der Verkäufer auch sogar dann schon für enorm verletzt gehalten werden müßte, wenn er das für 10 Rthlr. verkauft, was 16 Rthlr. werth ist, welches aber den ausdrücklichen Worten der *L. 2. Cod. h. t.* widersprechen würde, nach welchen der Verkäufer nur erst dann über die Hälfte verletzt ist, wenn er für eine Sache, die mehr als 20 Rthlr. werth ist, nur 10 Rthlr. bekommen hat. Schon hieraus erhellet, daß auf gleiche Weise auch der Käufer noch nicht in dem Grade, welchen das Gesetz bey dem

20) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 45. und 46. S. 299. ff.

dem Verkäufer als eine laesio enormis bestimmt hat, verletzt sey, wenn er dafür 16 Rthlr. bezahlt hat, was nur 10 Rthlr. werth ist. Nur dann ist also ein völlig gleiches Verhältniß vorhanden, wenn der Käufer mehr als 20 Rthlr. für eine Sache bezahlt hat, welche nur 10 Rthlr. werth ist. Offenbar irrt also die Glosse, wenn sie ein gleiches Verhältniß zwischen beyden Theilen schon dann annimmt, wenn jeder Contrahent 6 verliert, ohne zu bedenken, daß die 6 zu 16, welche der Käufer bezahlt hat, sich nicht auf gleiche Weise wie die 6 zu 10 verhalten, welche der Verkäufer an Werth gegeben hat; und also derjenige, welcher 16 giebt, und 6 verliert, nicht eben so verletzt werde, wie derjenige, welcher 10 giebt, und gleichfalls 6 verliert. Denn das sieht doch wohl ein jeder von selbst ein, daß derjenige, welcher nur den dritten Theil des Seinigen verliert, nicht gleichen Schaden leide, wie derjenige, welcher die Hälfte verliert. Würde nun nicht nach der Berechnung der Glosse der Käufer mehr begünstiget werden, als der Verkäufer? Um sich hiervon noch mehr zu überzeugen, darf man nur von dem Begriff der Läsion ausgehen. Eine Verletzung ist vorhanden, wenn man weniger empfieng, als man dagegen gab, und dagegen hätte erhalten sollen. Ist also das Empfangene dem Gegebenen gleich, so ist keine Verletzung denkbar. Denn man hat nichts verloren. Je größer oder geringer nun die Ungleichheit zwischen dem Empfangenen und dem Gegebenen ist, desto größer oder geringer ist die Läsion. Diese Ungleichheit ist also der einzige wahre Maasstab, die Größe der Verletzung zu berechnen, indem man das, was dem Verletzten fehlt, mit dem, was er gab, und wofür er eben so viel wieder hätte bekommen sollen, nach geo-

geometrischen Verhältniß vergleicht. Wenden wir diese Regel auf den Kaufcontract an, so ist nach derselben der Verkäufer verletzt, wenn er ein geringeres Kaufgeld erhielt, als der Werth der Sache erforderte. Der Käufer hingegen, wenn er eine größere Summe bezahlt hat, als der Werth der Sache mit sich brachte. In beyden Fällen ist also ein gewisses Ganzes anzunehmen, in Beziehung auf welches die Läsion des Contrahenten nach einem geometrischen Verhältniß zu bestimmen ist, und welches folglich den Maasstab giebt. Das Ganze, wornach das minus des Verkäufers zu bemessen ist, ist der wahre Werth der Sache. Denn der Verkäufer muß, um nicht verletzt zu werden, einen dem Werth der Sache gleichkommenden Preis erhalten. Das Maas der Läsion auf Seiten des Verkäufers bestimmt also der wahre Werth der Sache. Dieses verum et iustum rei pretium wird daher auch in der *L.* 2. *C. h. t.* mit Recht bey der Bestimmung der Größe einer enormen Verletzung auf Seiten des Verkäufers zum Maasstabe angenommen. Das Ganze hingegen, wornach das Plus des Käufers zu bemessen ist, kann keinesweges das iustum, sondern das solutum pretium seyn. Die Kaufsumme, welche er bezahlt hat, giebt also auf Seiten des Käufers den Maasstab zur Ausmittelung der erlittenen Läsion ab. Denn um gar nicht verletzt zu werden, muß der Käufer von dem Verkäufer eine Sache erhalten, die so viel werth ist, als der dafür bezahlte Preis beträgt. Was also dem verletzten Käufer fehlt, und was er verliert, fehlt ihm und verliert er nicht an dem wahren Werthe, denn dieser bleibt ihm, da er die Sache selbst erhält, unvermindert; sondern es fehlt ihm an dem,

was

was er für die Sache bezahlt hat, denn daran hat er, weil er nicht eben so viel an Waare dagegen erhielt, einen Theil verloren. Demnach ist also die Verletzung des Käufers nach einem geometrischen Verhältniß dessen, was ihm fehlt, zu dem, was er bezahlt hat, zu bestimmen. Nun vergleiche man damit die Gesetze selbst *L. 2. et 8. Cod. h. t.* und man wird finden, daß sie damit auf das genaueste übereinstimmen. Die Kaiser verordnen nämlich, daß der Verkäufer alsdann enorm verletzt sey, und auf Rescißion des Contracts klagen könne, wenn er weniger, als die Hälfte des wahren Werths, welchen die Sache zur Zeit des geschlossenen Contracts hatte, oder, welches eben so viel ist, wenn er noch nicht die Hälfte dessen erhielt, was er gab, und was er für die verkaufte Sache hätte bekommen sollen. Die Größe der enormen Läsion wird also hier nicht nach einer bestimmten Geldsumme, sondern nach dem geometrischen Verhältniß dessen, was dem Verkäufer an dem wahren Werthe fehlt, zu dem, was er hätte erhalten sollen, geschätzt. Beträgt nun das, was er gab, über zweymal mehr, als das, was er dagegen empfing, so ist er enorm verletzt. Der gesetzliche Begriff der Verletzung über die Hälfte bey dem Verkäufer ist also der, wenn das Verhältniß oder die Ungleichheit des empfangenen Kaufgeldes zum wahren Werthe der verkauften Sache größer ist, als die Hälfte dieses Werths. Soll nun also der Käufer mit dem Verkäufer in ein gleiches Verhältniß gesetzt werden, so muß man nothwendig sagen, der Käufer sey alsdann enorm oder über die Hälfte verletzt, so daß er auf Rescißion des Contracts klagen

kann,

kann, wenn das, was er von dem Verkäufer erhielt, an Werth nicht die Hälfte dessen beträgt, was er dafür an Geld bezahlt hat, oder, welches eben so viel ist, wenn das bezahlte Kaufgeld den doppelten wahren Werth der Sache übersteigt, so daß er weniger als die Hälfte der Waaren erhielt, die er für sein Geld hätte erhalten sollen. So ist nun das Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer ganz gleich. Wenn also der Verkäufer eine Sache, die 10 Werth ist, für 4 verkauft hat, so muß der Käufer die Sache für 21 gekauft haben, wenn eine Verletzung über die Hälfte vorhanden seyn soll. Denn nun erhält der Verkäufer an Gelde nicht die Hälfte des wahren Werths, und der Käufer an Waare nicht die Hälfte des dafür bezahlten Geldes. Jeder verliert hier mehr, als die Hälfte dessen, was er vor dem Contract hatte, und hat nicht die Hälfte soviel erhalten, als er für das, was er gab, hätte erhalten sollen. Der Verkäufer leidet also die Verletzung an dem zu geringen Kaufgelde, der Käufer an dem zu geringen Werthe der Waare. Denn was bey dem verletzten Verkäufer die Sache ist, welche er tradirt, ist bey dem Verletzten Käufer der Preis, den er dafür zahlt. Das, was also bey dem Verkäufer in Ansehung der verkauften Sache die Hälfte ist, eben das ist bey dem Käufer die Hälfte in Ansehung des bezahlten Kaufgeldes. So wie demnach bey dem Verkäufer das bezahlte Kaufgeld zweymal und noch etwas darüber in dem Werthe der verkauften Sache enthalten seyn muß, wenn aus diesem Grunde auf die Rescission des Contracts soll geklagt werden können; so muß auch bey dem Käufer der Werth der Waare in dem von ihm bezahlten Kaufgelde zwey-

mal

mal und noch etwas darüber enthalten seyn, wenn auch seiner Seits eine Rescission Statt finden soll. So klar und deutlich dieses alles ist, so hat es dennoch vielen nicht einleuchten wollen. Man sagt, wenn der Käufer um 20 kauft, was 10 gilt, und der Verkäufer um 5 verkauft, was auch 10 werth ist, so sey ja der Käufer um 10, der Verkäufer aber nur um 5 verletzt, folglich könne keine gleichmäßige Verletzung vorhanden seyn. Allein man irrt. Quantitativ, das heißt, in Ansehung der Summe ist freylich die Verletzung des einen Theils der Verletzung des andern nicht gleich; aber doch quotitativ, das heißt in Ansehung des verhältnißmäßig gleichen Theils, (rata portio) weil jeder in der Hälfte verletzt ist. Nun kommt es aber hier nicht auf die Quantität, d. i. auf eine bestimmte Geldsumme, sondern nur auf eine Quote an; und diese hat das Gesetz auf die Hälfte bestimmt, so daß derjenige, welcher über dieselbe verletzt ist, die Wohlthat des Gesetzes zu genießen haben solle. Derjenige, welcher eine Sache für 10 Rthlr. verkauft, welche 20 Rthlr. werth ist, ist also eben so, wie derjenige, welcher eine Sache für 5 Rthlr. verkauft, welche 10 Rthlr. werth ist, in der Hälfte verletzt, wenn auch nicht in gleicher Summe. Der eine hat also, wie der andere, auf die Wohlthat des Gesetzes Anspruch, wenn jener weniger als 10, dieser aber weniger als 5 für die verkaufte Sache erhielt. Eben so ist derjenige, welcher eine Sache für 20 kauft, die nur 10 gilt, so gut in der Hälfte verletzt, als derjenige, welcher eine Sache für 100 kauft, die nur 50 werth ist. Daß aber nach dem angegebenen Verhältniß der Käufer dem Verkäufer auf das vollkommenste gleichgestellet werde, wird sich am evidente-

sten

sten zeigen, wenn man annimmt, A. kaufe um 100, was nur 50 werth ist; B. aber verkaufe um 50, was 100 gilt. Beyde veräussern oder geben hier 100 hin. Der Käufer in Geld, der Verkäufer in Waare. Jeder erhält dafür nur 50. Der Käufer in Waare, der Verkäufer in Gelde. Jeder verliert also 50. Eine treffendere Gleichheit zwischen dem Käufer und Verkäufer läßt sich gar nicht denken. So wie hier also der Verkäufer nicht auf Rescission des Handels klagen kann, eben so auch nicht der Käufer. So wie hingegen der Verkäufer, wenn er die Sache unter 50 Rthlr. verkauft hat, sich der Wohlthat des Gesetzes zu erfreuen hat, so muß sie nun auch dem Käufer zustehen, wenn die erkaufte Sache noch nicht 50 Rthlr. werth ist. Welche abstechende Ungleichheit aber zeigt sich dagegen in dem angeführten Beyspiel nach der Berechnung der Glosse! Denn nach derselben wird derjenige, welcher eine Sache für 100 gekauft hat, die 50 werth ist, auf die Aufhebung des Contracts klagen können, aber nicht derjenige, welcher für 50 verkaufte, was 100 werth ist. Man wendet zwar ein, die Gesetze hätten ja aber doch den wahren Werth der Sache als das Ganze, oder als den Maasstab angenommen, wornach die unmäßige Verletzung auf Seiten des Verkäufers zu bestimmen sey; es müsse folglich auch eben dieser Werth bey dem Käufer zum Maasstabe dienen, um nach demselben auf seiner Seite die Läsion zu beurtheilen. Allein gerade hierin liegt der Fehler, daß man sich an die Worte des Gesetzes band, ohne in den Geist desselben einzudringen. Man bedenke doch, daß das Gesetz blos von dem Verkäufer spricht, welcher die Sache tradirt, und den Preis dafür erhält. Bey diesem konnte natürlich das Gesetz keinen andern Maasstab

stab annehmen, nach welchem die Verletzung desselben zu bestimmen sey, als den wahren Werth der Sache. Denn um zu beurtheilen, ob der Verkäufer enorm verletzt sey, muß man ja nothwendig dasjenige, was er für seine Waare erhalten hat, mit ihrem wahren Werthe vergleichen. Was ihm also fehlt, hat er an dem Werthe der Sache verloren, den er hätte bekommen sollen. Indem nun das Gesetz bestimmt, daß der Verkäufer alsdann enorm verletzt sey, wenn er weniger, als den halben Werth der Sache erhält, so erscheint ja hieraus klar, daß das Gesetz die Größe der Läsion nicht nach der absoluten Größe des Schadens, sondern nach einem geometrischen Verhältniß, als dem natürlichen Maasstabe, bestimmt habe. Denn eben dadurch äußert sich die unmäßige Verletzung auf Seiten des Verkäufers, wenn die Verletzung so groß ist, daß das Verhältniß der verkauften Sache zu dem empfangenen Kaufgelde größer ist, als die Hälfte des Werths der verkauften Sache. Wenn man nun das Gesetz auf den Käufer anwenden will, so darf man ja hier nicht, wie bey dem Verkäufer, auf den wahren Werth der Sache sehen, sondern vielmehr auf den Preis, den er dafür bezahlt hat. Denn, was ihm fehlt, hat er an dem verloren, was er bezahlte, nicht an dem, was er dagegen empfieng. Um also die Größe seiner Läsion zu beurtheilen, wird der Käufer das, was ihm fehlt, auf den für die erkaufte Sache bezahlten Preis, als einen Theil des Ganzen, referiren, und nach diesem Maasstabe die Größe seiner Läsion bestimmen müssen. Gewiß würden daher die Kaiser, wenn ihnen der Fall eben sowohl von dem Käufer, als von dem Verkäufer, wäre vorgelegt worden, rescribirt haben, daß er nur dann für enorm ver-

letzt zu halten sey, wenn er an Waare noch nicht einmal die Hälfte so viel bekommen hat, als das dafür bezahlte Kaufgeld beträgt, oder welches eben so viel ist, wenn das Verhältniß des bezahlten Kaufgeldes zum Werthe der gekauften Sache größer ist, als die Hälfte der dafür bezahlten Summe. Denn das Verhältniß im Falle des verletzten Verkäufers ist, nach der Bestimmung des Gesetzes, eine proportio dupla maior, nämlich 49 zu 100. Es muß also auch im Falle des verletzten Käufers nach dem Geist des Gesetzes eine gleiche proportio dupla maior Statt finden, nämlich 100 zu 201, nicht 100 zu 151. Das aus dem Geist des Gesetzes abgeleitete Princip ist also, derjenige Theil ist beym Kaufcontract über die Hälfte verletzt, er sey Verkäufer oder Käufer, welcher über zweymal mehr hingab, als er dagegen empfing, oder dafür, was er gab, weniger als die Hälfte empfing, also der Verkäufer, welcher für 201 an Werth, nur 100 an Geld erhielt, und der Käufer, welcher für 100 am Werth, 201 an Geld bezahlte. Wie konnte nun **Titius** [21]) bey dieser Evidenz unserer Meinung hier vulgatum illud anwenden: *Nihil tam absurdum est, quod non aliquando defenderit Philosophus?* Ich setze ihm den Ausspruch des **Cicero** [22]) entgegen: *Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.*

Da man die *L.* 2. *Cod. de resc. vendit.* nun einmal für eine ganz specielle und exorbitante Verordnung hält,

21) Observat. ratiociant. in compend. iuris Lauterbach. h. t. Obs. 542. in fin. p. 362.

22) *Topicor. ad Trebatium* Cap. 4.

hält, so ist auch darüber gestritten worden, ob dieselbe auch bey dem Verkauf beweglicher Sachen anwendbar sey? Diejenigen, welche das Gesetz blos nach den Worten erklärt wissen wollen, läugnen dieses aus dem Grund, weil dasselbe von einem fundo venumdato rede. Cujacius [23]), Robert [24]) und noch in den neuern Zeiten Müller [25]), haben diese Meinung zu vertheidigen gesucht. Allein wollte man sich hier blos an die Worte binden, ohne den Grund des Gesetzes zu berücksichtigen, so würde man die Verordnung desselben nicht einmal bey jedem Verkaufe einer unbeweglichen Sache anwenden können. Denn das Wort fundus wird in der Sprache der Römer nur eigentlich von solchen Grundstücken gebraucht, welche natürliche Früchte hervorbringen, und insbesondere von Landgütern [26]). Man unterschied also davon aedes [27]). Nun setze man, der Verkäufer sey beym Verkaufe

23) Observat. Lib. XVI. Cap. 18. in fin.

24) Animadvers. iuris civ. Lib. II. cap. 12.

25) Observat. pract. ad *Leyserum.* Tom. II. Fasc. II. Obs. 425.

26) BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Fundus. Car. Andr.* DUKER Opusc. de Latinitate ICtor. vet. pag. 63. sqq. et pag. 75. sqq. besonders *Iac.* CUJACII Commentar. ad L. 60. et 211. de Verbor. Signif.

27) *L.* 8. *et L.* 10. *pr. et* §. 1. *D. Quib. mod. ususfr. amitt.* Bey einem fundus konnten zwar auch Gebäude seyn, allein nur als Theil vom Ganzen. Ager cum aedificio *fundus* dicitur, sagt *L.* 211. *in fin. D. de Verb. Signif.* Die vorhergehenden Worte: *Fundi* appellatione omne aedificium et omnis ager continetur, sind daher nicht divise, sondern coniuncte zu verstehen, wie auch DUCKER c. l. pag. 79. bemerkt hat.

kaufe eines Hauses enorm verletzt worden. Hier wäre ihm nach den Worten des Gesetzes nicht zu helfen. Wie ungereimt! Schon **Cicero** [28]) sagt: *Quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est: ut, quoniam usus auctoritas* FUNDI *biennium est, sit etiam* AEDIUM. *At in lege* AEDES *non appellantur? valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.* So wie also die Billigkeit erheischt, das Gesetz, welches von fundo spricht, auch auf aedes anzuwenden, so ist ja offenbar auch gleicher Grund der Billigkeit bey dem Verkauf beweglicher Sachen vorhanden, wenn sie besonders von bedeutendem Werthe sind. Nun gründen aber die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** ihre Verordnung blos auf Billigkeit. Humanum est. Wie wenig ihnen in der That daran gelegen gewesen seyn müsse, ob der Gegenstand des Handels gerade ein fundus oder eine andere Sache war, siehet man noch deutlicher aus den ganz allgemein gefaßten Anfangsworten: REM *maioris pretii* si tu vel pater tuus *minoris* distraxerit. In den Basiliken [29]) geschiehet daher auch des fundi gar keiner Erwähnung. Und hierin stimmen denn auch die meisten Rechtsgelehrten [30]) mit mir überein.

Es

28) *Topic. Cap.* 4. *in fin.*

29) Tom II. Lib. XIX. Tit. 10. pag. 402.

30) *Reinh.* BACHOVIUS Not. et Animadvers. ad *Treutlerum.* Vol. II. Disp. II. Th. 10 lit. A. *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 12. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXVII. Th. 4. *Ar.* PINELUS Comment. ad L. 2. Cod. de resc. vendit. P. II. Cap. II. nr. 17. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 411. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXIII.

Es sey nun also der Käufer oder der Verkäufer über die Hälfte verletzt, so kann auf Rescission des Geschäfts geklagt werden; jedoch steht es auch dem Gegner frey, die Aufhebung dadurch abzuwenden, wenn er die Läsion vergüten will. Diese Vergütung besteht aber darin, daß wenn der Käufer der verletzte Theil ist, der Verkäufer dasjenige, was er an Kaufgeld über den wahren Werth erhielt, herausgebe; und wenn der Verkäufer enorm verletzt ist, der Käufer noch soviel nachzahle, als an dem wahren Werthe der Sache fehlt. Dieß, dünkt mir, der wahre Sinn der Worte der *L.* 2. *C. h. t.* zu seyn, vel, si emtor elegerit, *quod deest iusto pretio*, recipias. So verstehen auch die meisten Ausleger [31]) diese

XXIII. Th. 85. not. *η*. *Henr.* ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 16. besonders *Io. Andr.* HANNESEN Diss. de immodica laesione eiusque probatione §. 25. und Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band Medit. 218.

31) *Hug.* DONELLUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 12. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 49. *Henr.* COCCEJI Disp. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. Th. 8. et *Eiusdem* Diss de electione rei conventi ex enormi laesione. *Traj. ad Viadr.* 1682. BACHOVIUS Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Th. 9. lit. F. *Casp.* ZIEGLER Diss. de laesione ultra dimidium iusti pretii §. 34. *Mich. God.* WERNHER Diss. de laesione enormi. §. 40. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 198. Schweppe Röm. Privatrecht. 2. B. §. 395. Die Ausnahme, welche *Ant.* FABER Cod. definition. for. Lib. IV. Tit. 30. Def. 3. im Falle einer laesio enormissima macht, in welchem dem Gegner die ihm sonst gestattete Wahl nicht zustehen soll, ist ganz unge-

diese Worte, und auch die Praxis erkennt nicht anders [32]). Gleichwohl meinen viele [33]), wenn der Gegner soviel nach- oder zurückzahlt, als der Hälfte des wahren Werths fehlt, so habe er der ihm gesetzlich nachgelassenen Wahl ein Genüge gethan. Man sagt, hätte er gleich Anfangs soviel gegeben, so hätte über eine Läsion gar keine Beschwerde entstehen können. Bietet er also nachher noch das Nämliche an, so müsse auch der Verletzte damit zufrieden seyn. Diese Meinung soll nun nicht nur dem Geist des Gesetzes, sondern sogar den ausdrücklichen Worten desselben gemäß seyn. Denn es soll nur ergänzt werden, *quod deest iusto pretio*. Das Wort iustum bedeute hier aber nichts anders, als legitimum, so wie man sagt, iustae nuptiae. Nun bestehe der gesetzmäßige Preis nur in der Hälfte des wahren Werths. Allein diese Gründe scheinen mir sehr unbedeutend zu seyn. Das iustum pretium ist hier kein anderes, als pretium verum, d. i. der wahre Werth, den die Sache zur Zeit des geschlossenen Handels hatte, wie es die Kaiser nicht nur selbst *L.* 2. *et L.* 8. *Cod. h. t.* erklären, sondern solches auch dem Geist

gründet. Denn die sogenannte laesio enormissima ist, wie Westphal vom Kaufe §. 816. ganz richtig sagt, ein Hirngespinnst der Pragmatiker.

32) CARPZOV Iurispr. for. P. II. Constit. 34. Def. 7. RICHTER Vol. II. Decis. XCIX. nr. 30. 31. 32. 38. und Beyträge zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 2. Samml. (Berlin 1778.) Nr. IX. S. 95. ff.

33) *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 9. nr. 10. *Henr.* ZOESIUS Commentar ad Pand. h. t. §. 29. *Matth.* WESENBEC. Comm. ad Pand. h. t. nr. 6. u. a. m.

Geist anderer Stellen des Römischen Gesetzbuches [34]) gemäß ist, welche des iusti pretii beym Kaufe gedenken. Es folgt auch gar nicht, was dem Gegner anfangs erlaubt gewesen wäre, ohne daß der Verletzte sich hätte beklagen können, müsse ihm auch noch nachher erlaubt seyn. Denn ist einmal das Recht des verletzten Theils auf Rescißion zu klagen begründet, so kann er auch auf Zurückgabe oder Zurücknahme der Sache dringen, wenn sich der Gegner nicht zur Bedingung des wahren Werths verstehen will, den die Sache zur Zeit des geschlossenen Kaufs hatte. Hat also der Verkäufer für eine Sache, die 20 werth ist, nur 9 bezahlt erhalten, so muß der Käufer nicht 1, sondern 11 nachzahlen, wenn die Läsion ganz gehoben werden soll. Zinsen und Früchte werden jedoch bey dieser Ergänzung nicht vergütet [35]). Denn vor der Interpellation war keine mora denkbar. Es ist aber auch dem Willen der Gesetzgeber nicht gemäß, daß Zinsen bezahlt werden sollen [36]). Denn sie wollen nur, *ut, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, venditor recipiat.* Verbindet man nun noch damit die letztern Worte der *L.* 8. *Cod. eodem:* nisi minus dimidia iusti pretii, *quod fuerat tempore venditionis*, datum esset, *electione*

iam

34) *L.* 16. *§. ult. D. de pignorib. L.* 12. *§.* 1. *D. de iure dot.*

35) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 49. in fin. TITIUS Observation. ratiocin. ad Compend. iuris Lauterbach. h. t. Obs. 551. Westphal vom Kauf. §. 811.

36) Von Zeit der Litiscontestation an will jedoch *Ioh. a* SANDE in Decision. aureis Lib. III. Tit. 4. Def. 14. dem Kläger die Zinsen zuerkannt wissen.

iam emtori praestita servanda, so ergiebt sich daraus mit einer Evidenz, die keinem vernünftigen Zweifel mehr Raum läßt, daß der Käufer nur durch Zulage dessen, was an dem wahren Werthe fehlt, der ihm im Gesetz gestatteten Wahl ein Genüge gethan habe.

Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß eine Verletzung über die Hälfte in dem gegebenen Falle wirklich vorhanden sey, welche immer von dem bewiesen werden muß, der sich darüber beschwert. Bey diesem Beweise muß dann der Werth, welchen die Sache zur Zeit des Contracts hatte, lediglich zum Maasstabe genommen werden [37]). Wäre also etwa der Preis der Sache, wegen der nachher eingetretenen besondern Zeitumstände, in der Folge gefallen, so kommt dieses eben so wenig in Betrachtung, als wenn der Preis der Sache nachher gestiegen seyn sollte [38]), und es kann daher der Kauf nicht angefochten werden, wenn die Sache um einen auch noch so geringen Preis wäre verkauft worden, wenn Sachen von der Art gerade zur Zeit des geschlossenen Geschäfts nicht mehr galten [39]). Auch kann der auf dem für einen unmäßigen Preis gekauften Grundstück gefundene Schatz keine Aenderung hervor-

37) *Ar.* PINELUS Comm. ad L. 2. C. de resc. vend. P. III. Cap. IV. nr. 15. sqq. DONELLUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 4. HANNESEN Diss. de immodica laesione eiusque probatione. §. 22. et 23.

38) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. et 15.

39) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 6. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. membr. IV. Subs. 2. §. 28.

vorbringen [40]). Denn man sieht bey Contracten immer auf den Anfang des Geschäfts [41]), und der gefundene Schatz ist weder als ein Theil noch Frucht des Grundstücks zu betrachten [42]), sondern als ein donum fortunae anzusehen, wie sich Tryphonin [43]) ausdrückt. Ueberhaupt aber soll nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes [44]) blos das iustum rei pretium berücksichtiget werden, quod fuerat tempore venditionis. Dieses ist nun blos der gemeine Werth, der einer Sache nach ihrer Qualität oder nach der Quantität ihres Ertrags in gemeinem Handel und Verkehr beygelegt ist, nicht der Affectionswerth [45]). Da jedoch die Preise der Dinge auch nach der Verschiedenheit des Orts sehr verschieden sind, so muß bey unbeweglichen Sachen die Taxe des Orts, wo sie liegen, bey beweglichen aber der Marktpreis des Orts, wo der Contract geschlossen worden, zum Grunde gelegt wer-

40) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und *Henr.* COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vend. Th. 3. Ein Anders wäre, wenn das gefundene Geld dem Verkäufer selbst erweislich gehörte. *L.* 67. *D. de Rei vind. L.* 31. *§.* 1. *D. de acquir. rer. dom.*

41) *L.* 8. *pr. D. Mandati. L.* 58. *§.* 2. *in fin. D. Pro socio.*

42) *L.* 7. *§.* 12. *D. Soluto matrim.*

43) *L.* 63. *§.* 1. *D. de acquir. rer. dom.*

44) *L.* 8. *in fin. Cod. h. t. Cap.* 3. *X. de emt. et vendit.*

45) *L.* 16. *C. h. t. L.* 13. *pr. D. de reb. eor. qui sub tut. L.* 33. *pr. D. ad Leg. Aquil. et L.* 63. *pr. D. ad Leg. Falcid.* VOET h. t. §. 7.

werden 46). Man sieht aus dem allen, daß der hier zu führende Beweis mit vielen Schwierigkeiten verknüpft ist. Die meiste Schwierigkeit macht die Ausmittelung des wahren Werths, den die Sache zur Zeit des abgeschlossenen Contracts im gemeinen Handel hatte, worauf doch hier alles ankommen soll. Denn wer erinnert sich immer des damaligen Preises noch so genau, um darüber ein Zeugniß ablegen zu können, wenn seit dem geschlossenen Handel eine geraume Zeit verstrichen ist? Ja man ist selbst darüber noch nicht einmal einig, wie die Zeit des Contracts eigentlich zu bestimmen sey? ob nämlich dieselbe mit Arius Pinelus 47) punctuel, oder nach Mascard 48) mit einer gewissen, nur nicht gar zu weiten Ausdehnung zu verstehen sey? Z. B. die Zeugen wissen zwar nicht zu sagen, wie viel die Sache gerade am Tage des geschlossenen Geschäfts gegolten hat, allein sie begründen den Werth, den Sachen dieser Art einige Monate vor, oder nach dem geschlossenen Contract gehabt haben; oder sie erhärten nur überhaupt, in welchem Preise Sachen von der Art in dem Jahre standen, da der Contract geschlossen wurde. Dergleichen Zeugnisse sind nicht schlechterdings zu verwerfen, wenn keine Umstände angegeben werden können, unter welchen die Sache zur Zeit

46) *L.* 6. *D. de evict. L.* 34. *D. de div. reg. iur. L.* 1. *pr. D. de Usuris.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 18. Not. 3. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 198.

47) Comm. ad L. 2. C. h. t. P. III. Cap. 4. nr. 15.

48) De probation. Conclus. DCCCCLXII. nr. 10. et Conclus. MCCCXCVI. nr. 31.

Zeit des Kaufs einen andern Preis gehabt haben müsse [49]. Denn das richterlich Ermessen ist auch hier, wie Ziegler [50] und Frantzke [51] ganz richtig behaupten, nicht auszuschließen. Ja Doneau [52] giebt sogar den Rath, der Verletzte solle, wenn er den Werth der Sache zur Zeit des Contracts auf keine Weise darzuthun vermöchte, nur den gegenwärtigen Werth beweisen, und anführen, daß die Sache seit dem geschlossenen Kauf unabgeändert geblieben sey. Necesse est enim, sagt er, nisi fundus sit mutatus, et mutata eius aestimatio, eandem etiam aestimationem prius fuisse, quae nunc est. Behauptet der Gegner eine Aenderung, so muß er sie beweisen [53]. Hätte jedoch die Sache erwiesenermaßen einen andern Preis zur Zeit der Abschließung des Contracts, als zur Zeit der Uebergabe gehabt, so kommt es nicht auf den letzten Preis an, wie Pinel [54] behauptet, sondern der erste entscheidet. Denn das ist das pretium, quod fuerat *tempore venditionis*, wie das Gesetz [55] sagt.

Soviel die Beweismittel anbetrift, so entsteht I) die Frage, ob auch **Urkunden** dazu dienen können? Einige

49) S. HANNESEN Diss. cit. §. 23. et 24.

50) Diss. de laesione ultra dimidium §. 33.

51) Resolut. Var. Lib. III. Resolut. 3. nr. 43.

52) Comment ad L. 2. Cod. h. t. nr. 5. in fin.

53) Arg. *L.* 22. *D. de probat.*

34) Comm. cit. P. III. Cap. 4. §. 16.

55) L. 8. in fin. Cod. h. t. DONELLUS Comm. ad h. L. nr. 4.

ge[56]) wollen sie von dem Beweise einer Verletzung über die Hälfte aus dem Grund ganz ausschließen, weil Kaufbriefe immer nur den unter den Contrahenten verabredeten, aber nicht gerade den gemeinen Werth bewiesen, und folglich einem Dritten nicht präjudiciren könnten. Allein der Urkundenbeweis ist hier nicht schlechterdings zu verwerfen. Man unterscheide. Es ist nämlich entweder nur eine Urkunde, oder es sind mehrere beygebracht worden. Eine Urkunde, sie spreche entweder von demselben schon früher an einen der vormaligen Besitzer verkauften Grundstück, über welches der gegenwärtige Streit ist, oder von einem andern demselben ähnlichen, wird selten zur Vollführung des erforderlichen Beweises hinreichen, weil ein solcher Kaufbrief nur beweiset, wie hoch die Contrahenten unter den Umständen, worin sie sich befanden, den Werth zu bestimmen beliebten, nicht aber, daß auch jeder andere Käufer soviel dafür gegeben haben würde[57]). Allein man setze, das Document besage, daß entweder die nämliche Sache, oder eine andere benachbarte von derselben Qualität und Quantität durch verpflichtete Schätzer taxirt, und über zweymal höher geschätzt worden wäre, als es wieder verkauft worden ist; so würde eine solche Urkunde nicht zu verwerfen seyn[58]). Sind nun vollends mehrere entweder auf einander folgende Urkunden über die nämliche

56) ZIEGLER Diss. de laesione ultra dimid. iusti pretii §. 33. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 86. David Ge. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 118.

57) S. *Io. Andr.* HANNESEN cit. Diss. de immodica laesione eiusque probatione §. 26. et 27.

58) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22.

liche Sache, oder über verschiedene benachbarte Grundstücke von gleicher Qualität und Quantität beygebracht worden, so daß der damalige gemeine Werth von Sachen dieser Art mit Zuverläßigkeit daraus erkannt werden kann; so kann der auf solche Art geführte Urkundenbeweis wohl keinem gegründeten Zweifel weiter unterworfen seyn [59]). Und so ist es denn auch hier wahr, was Kr. Constantin sagt *L.* 15. *Cod. de fide instrumentor.* In exercendis litibus eandem vim obtinet tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. Gewöhnlicher ist aber freylich in solchen Fällen II) Der Zeugenbeweis. Die Zeugen brauchen aber nicht gerade verpflichtete Schätzer (periti rerum aestimatores) zu seyn, wie man insgemein behauptet [60]), sondern es werden zum Beweis der Verletzung über die Hälfte wahre Zeugen erfordert, welche von dem Werthe, den dergleichen Sachen, von deren Preis die Rede ist, zur Zeit des geschlossenen Handels hatten, hinlängliche Wissenschaft haben [61]). Man unterscheide also ja kunstverständige Schä-

59) HANNESEN cit. Diss. §. 28. et 29. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 5. in fin. und Thibaut System des Pandecten Rechts 1. B. §. 198.

60) *Hug.* DONELLUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 5. sagt: *Proinde erit prudentiae iudicis, ad eam aestimationem admittere non quoslibet, sed, peritos earum rerum aestimatores, quales in omnibus locis fere semper multi reperiuntur.* Eben so LAUTERBACH c. l. §. 22. LUDOVICI Doctrin. Pand. h. t. §. 2. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 86. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. III. §. 551. IV. u. a. m.

61) S. HANNESEN Diss. cit. §. 35.

Schätzer und Zeugen des Werths, den eine Sache zu einer bestimmten Zeit gehabt hat. Beyde müssen nach ganz verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden [62]), und es ist ein großer Irrthum vieler Rechtsgelehrten, wenn sie die Grundsätze von Kunstverständigen auf die bey diesem Beweise erforderlichen Zeugen anwenden. Denn Kunstverständige sind kein Beweismittel, sondern es sind Gehülfen des Richters bey der Beurtheilung eines streitigen Gegenstandes. Daher sind solche Personen insgemein schon öffentlich ernannt, und auf alle vorkommende Fälle beeidiget, und wo dieses nicht ist, müssen sie von beyden Partheyen in gleicher Anzahl ernannt werden, und auch der Richter hat eben so viele, als einer der streitenden Theile, zu ernennen. Allein die Zeugen sind Beweismittel, und werden daher blos von der Parthey ernannt, dem der Beweis obliegt, ohne daß dem Richter dabey eine Wahl zusteht. Diese sollen hier blos über ein Factum der vergangenen Zeit ihre Wissenschaft eröfnen. Auf ihr eigenes Urtheil oder Meinung kommt es nicht an. Schätzer hingegen urtheilen über das, was gegenwärtig ist, nach ihrer Einsicht. Ihre Aeusserung ist also nicht wie eine Zeugen-Deposition, sondern als ein Gutachten anzusehen, welches dem künftigen Urtheil des Richters zur Basis dient. Sind ferner die Kunstverständigen bey Schätzung einer Sache verschiedener Meinung, so treten hier ganz andere Grundsätze ein, als wenn die Zeugen in ihren Aussagen nicht

62) Man vergleiche hier die gründliche Abhandlung von Beurtheilung durch Kunstverständige in Gönners Handbuche des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XLV. der zweyten Auflage. S. 429. ff.

nicht übereinstimmen. Ein solcher Dissensus ist nach den Regeln vom Beweis zu beurtheilen. Bey Schätzungen werden nämlich die Summen der verschiedenen Kunstverständigen zusammengerechnet, und mit der Zahl der gebrauchten Schätzer dividirt, der Quotient wird dann als das reine Resultat der Schätzung angenommen. Wollten wir nun dieses Verfahren bey den Beweiszeugen anwenden, welche in dem Werthe, den die streitige Sache zur Zeit des darüber geschlossenen Contracts hatte, von einander abweichen, so würde daraus eine offenbare Ungereimtheit entstehen. Denn man setze den Fall, der Kläger habe das Grundstück für 40. Rthlr. verkauft, was nach seiner Behauptung zur Zeit des Contracts 100 Rthlr. werth gewesen seyn soll, und er habe drey Zeugen ernennt, von denen der A. einen Werth von 76 Rthlr. B. von 81 und C. von 83 Rthlr. angegeben hat. Hier sprechen zwey Zeugen für den Kläger, nach deren Aussagen er wirklich eine Verletzung über die Hälfte erlitten hat. Denn stimmen sie auch in den angegebenen Summen nicht überein, so bezeugen sie doch die Läsion selbst einstimmig. Dahingegen steht die Aussage des Zeugen A. dem Kläger geradezu entgegen, als nach welcher keine Verletzung über die Hälfte vorhanden ist. Es ist also hier zwischen den Aussagen des Zeugen ein solcher Widerspruch vorhanden, den man eine singularitas testium obstativa oder adversativa nennt. Wollte man nun diesen Widerspruch der Zeugen, wie bey Schätzern, durch Addition und Division zu heben suchen, so würde der Quotient = 80 Rthlr. entscheiden, und der Kläger, welcher die Aussagen zweyer klassischer Zeugen für sich hat, würde um der Aussage des einen ihm widersprechenden Zeugen

gen willen, der vielleicht nicht einmal vollkommenen Glauben verdient, mit seiner Klage abgewiesen werden müssen. Wie ungereimt, ja wie gesetzwidrig [63]) ein solches Erkenntniß sey, leuchtet in die Augen. Diese Ungereimtheit wird aber noch auffallender, wenn man den Fall annimmt, der Beklagte habe einen Gegenbeweis geführt. Man setze einmal, der Käufer klage wegen einer erlittenen enormen Verletzung auf Rescission des Contracts. Er giebt vor, das Haus, was er mit 3000 Rthlr. bezahlt habe, sey zur Zeit des Kaufs nicht 1500 werth gewesen. Er führt den Beweis durch drey Zeugen, von denen der Zeuge A. den damaligen Werth von 1433 Rthlr. der Zeuge B. von 1426, der Zeuge C. von 1430 angiebt. Der Verkäufer führt den Gegenbeweis ebenfalls durch drey Zeugen, von denen D. den Werth von 1561 Rthlr. E. 1565 und F. von 1560 erhärtet. Ein jeder sieht hier, daß die Gegenbeweiszeugen den für den Kläger sprechenden Zeugenaussagen in gerader Richtung entgegenstehen. Es muß also den Rechten nach wider den Beweisführer erkannt werden. Denn wo der Beweis und Gegenbeweis einander gleich sind, hebt einer den andern auf, wenn nicht wegen Stärke der Gründe oder anderer Begünstigungen der Beweis den Vorzug verdient [64]). Allein welches entgegengesetzte Resultat ergiebt sich, wenn man den Widerspruch zwischen dem Beweis und Gegenbeweis durch Addition und Division zu heben suchen wollte? Die Totalsumme wäre dann = 8975. Diese, mit der Zahl der Zeu-

63) *L. 21. §. 3. D. de testib. Cap. 32. X. eodem.*

64) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. Band. Nr. XLI. §. 11. S. 344.

Zeugen = 6 dividirt, giebt zum Quotienten die Summe von 1495⅚ Rthlr. welche also als der damals gültige wahre Werth des Hauses angenommen werden müßte. So hätte dann der Kläger gegen alle Regeln des Prozesses aus einem Irrthum des Richters gewonnen. Welche Justiz! Mit Recht läßt sich hier anwenden, was Cicero sagt: *Totius iniustitiae nulla capitalior est, quam eorum, qui, cum maxime fallunt, id agunt, ut boni iudices videantur.* Uebrigens ist noch zu bemerken, daß wenn die Zeugen in Ansehung der Summe in ihren Aussagen differiren, deswegen nicht immer gleich ein absoluter Widerspruch (contradictio obstativa) vorhanden sey, sondern nur dann, wenn der eine Zeuge durch Angabe des wahren Werths, den die Sache zur Zeit des Contracts hatte, das Daseyn einer enormen Verletzung, der andere aber das Gegentheil erhärtet. Weichen sie zwar in den angegebenen Summen des Werths von einander ab, allein sie treffen in der Einheit des Zwecks zusammen, indem ihre Aussagen, in Verbindung genommen, entweder die enorme Läsion, oder das Gegentheil bezeugen; so ist kein Widerspruch in ihren Aussagen vorhanden, sondern es ist, wie man sagt, blos eine Singularitas diversificativa vorhanden. Dies ist der gewöhnliche Fall. Denn da die Zeugen insgemein von verschiedenen Kaufhandlungen sprechen, mit deren Hülfe der gemeine Werth der damaligen Zeit auszumitteln ist; so ist es sehr natürlich, daß dieselbe Sache, oder eine Sache von gleicher Art nicht immer um eben denselben Preis gekauft, oder verkauft worden ist. Durch die Verbindung mehrerer solcher singulairer Zeugen, wenn sie an sich klassische Zeugen sind, und der von dem einen Zeugen bekundete Umstand

Vermuthungsgrund für den von einem andern ausgesagten ist, wird ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit begründet, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden kann [65]). Einige Rechtsgelehrten [66]) haben zwar die Zuläßigkeit dieses Eides bey dem Beweise der enormen Verletzung aus dem Grunde bezweifeln wollen, weil zu vermuthen sey, daß Andere den Werth der Dinge besser wissen werden, als der Verletzte. Allein dieser Grund ist offenbar nichtig. Denn warum sollte nicht auch der Verletzte selbst Wissenschaft von den Geschäften erhalten haben können, von denen die Zeugen deponirt haben [67])? Ueberdem läßt die Praxis sogar den Erfüllungseid de credulitate zu [68]). Daß endlich III. der Beweis auch durch Eideszuschiebung geführt werden könne, leidet keinen Zweifel [69]).

§. 1029.

Rechtsmittel wegen der Verletzung über die Hälfte.

Die Rechtsmittel, deren sich der Verletzte bedienen kann, sind

I. Ei-

65) S. Grolman's Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 87.

66) PINELUS Comm. ad L. 2. C. h. t. P. III. Cap. 4. nr. 13. MASCARDUS de probat. Concl. 560. nr. ult. et Concl. 651. nr. 13.

67) HANNESEN Diss. de immodica laesione. §. 54. Struben rechtl. Bedenken. 3. Th Bed. 118. §. 3.

68) *I. H.* BÖHMERI Ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 72. CARPZOV P. I. Const. 23. Def. 12. BERLICH P. III. Decis. 305. in fin.

69) S. CARPZOV Resp. iur. Lib. III. Resp. XLIII. nr. 5. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 14. und HANNESEN cit. Diss. §. 31.

I. eine Einrede (exceptio laesionis enormis). Diese steht dem Verletzten zu, wenn er den Contract seiner Seits noch nicht erfüllet hat, und mit der Klage aus dem Contract auf Erfüllung desselben belangt wird. Ihrer Natur nach gehört sie zu den peremtorischen Einreden, denn sie vernichtet den Anspruch des Klägers, und kann, wie alle zerstörliche Einreden, zu einer prozeßhindernden erhoben werden, wenn dem Beklagten sofort liquide Beweise zur Seite stehen, und dann findet sie auch sogar im Executivproceß Statt [70]).

II. Eine Klage, wenn der Contract schon erfüllt ist. Ob dieß die Klage aus dem Contract, oder eine eigene Klage sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Viele behaupten das Letztere, und diese weichen wieder in der Art und dem Namen der Klage sehr von einander ab. Einige [71]) nennen sie *condictio ex lege* 2. *Cod. de rescindenda venditione*, Diesen stimmt auch **Hellfeld** bey.

§. 31—34. Es ist übrigens zum Beweis einer enormen Verletzung nicht hinreichend, wenn der Kläger darthut, daß er die Sache theuer gekauft, und wohlfeil wieder verkauft habe. *L,* 4. *Cod. h. t.* S. Westphal vom Kauf. §. 819.

70) CARPZOV Respons. iur. Lib. V, Tit. 6. Resp. LIII. nr. 9. sqq. und Gönners Handbuch des gemeines Prozesses 4. Bd. Nr. LXXVIII, §. 14. ff.

71) PINELUS ad L. 2. C. h, t. P. I. Cap. 3. nr. 9. *Ant.* FABER de Errorib, Pragmaticor, Decad, VII, Err, 7. ZIEGLER Diss. de laesione ultra dimidium iusti pretii, §. 24. ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. §. 36. LIENAU Diss. de natura ac indole actionis, quae ob laesionem enormem conceditur. §. 8. sqq. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h, t, Qu. 1. not, s,

Andere [72]) *condictio indebiti*. Viele halten sie für eine restitutio in integrum civilis [73]). Manche für eine imploratio officii iudicis [74]). Ja einige unter den ältern Rechtsgelehrten haben sie sogar zu einer Spolienklage machen wollen [75]). Allein die Mehrzahl der ältern und neuern Rechtsgelehrten [76]) hat sich immer dafür erklä-

72) Diese Meinung behaupteten unter den ältern Rechtsgelehrten vorzüglich Bartolus, Cagnolus und Alexander, welche Pinel ad L. 2. Cod. h. t. P. I. Cap. 3. nr. 8. anführt, und widerlegt.

73) S. *Helf. Ulr.* HUNNIUS Variar. Resolut. iuris civ. Lib. III. Tract. VII. P. I. Qu. 16. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. Legum Cod ad L. 2. Cod. de resc. vendit. P. I. pag. 316. *Io. Phil.* GREGEL oder *Car. Gothofr.* FARES Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vendit. §. 3—5. Dieses war auch die Meinung der griechischen Rechtsgelehrten, welche deswegen diesem Rechtsmittel die Dauer von vier Jahren setzten. S. HARMENOPULI Προχειρον νομων s. Promptuarium iuris Lib. III. Tit. 3. n. 83.

74) CYNUS, und schon vor ihm *Petrus de* BELLAPERTICA und nachher noch BACHOVIUS in Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. II. Diss. 2. Thes. IX. lit. C. waren dieser Meinung.

75) Dieser Meinung gedenkt MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 91. not. β. und widerlegt sie, wie auch schon vor ihm *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. VII. Err. 10. und *Ant.* MERENDA Controvers. iuris. Lib. I. Cap. 42. §. 5. gethan haben.

76) *Io.* SICHARD Praelection. in Cod. ad L. 2. h. t. nr. 9. *Hug.* DONELLUS Commentar. in dict. L. 2. Cod. nr. 16. *Io.* VOET Comm. ad. Pand. h. t. §. 4. *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 8. *Io. Iac.* WISSENBACH Com-

erklärt, daß die Klage wegen der Verletzung über die Hälfte keine andere, als die Contractsklage sey. Dies war schon die Meinung der Glosse, und sie verdient auch gewiß vor allen übrigen den Vorzug. Denn wie konnte hier wohl ein Zweifel entstehen, quo genere actionis experiamur, wie doch die Condictio ex Lege voraussetzt [77], wenn das Gesetz das Maas der Verletzung bey einem Contract bestimmte, welcher von den ältesten Zeiten her seine bestimmte Form und Klage hatte. Mit Recht sagt **Johann Ortwin Westenberg** [78]: Plane non statim *Condictio ex Lege* locum habet, ubi nomen actionis non exprimitur, sed illud inprimis considerandum est, an incerta sit natura et forma negotii, ex quo obligatio et actio introducitur.

Commentation. in VII. Libros. Cod. ad L. 2. h. t. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXVII. Th. 5. *Henr.* HAHN Observata th. pr. ad Wesenbecium h. t. pag. 635. nr. VIII. et ad Tit. de act. emti et vend. Nr. VIII. pag. 648. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 3. Qu. 8. *Io. Henr.* BERGER Resolution. Legum obstant. h. t. Animadvers. pag. 356. sq *Io. Balth.* WERNHER Manual. Pandectar. (*Vitemb.* 1754.) h. t. §. 1. *Henr.* COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vend. Th. 14. und *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1938. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controvers. iuris civ. Sect. IV. cap. 1. §. 30. **Thibaut** Syst. des Pand. R. 1. B. §. 199. **Schweppe** Röm. Privatrecht 2. B. §. 395. u. a. m.

77) *L. un. D. de condict. ex Lege.*

78) De causis obligationum Dissertat. IV. Cap. 6. §. 1.

tur. — Ex ipsa autem *L.* 2. constat, agi ibi de emtione venditione, ex qua nascitur *actio emti-venditi*, quae ad omnia ea, quae ex natura huius bonae fidei contractus praestanda sunt, quin et ad distrahendam emtionem aliquando competit. Die Worte der L. 2. *auctoritate iudicis interveniente* deuten auch gewiß nicht auf eine obligatio lege nova introducta hin, sondern enthalten eine bloße Verweisung des Verletzten an den Richter, unter Voraussetzung des ohnehin bekannten Rechtsmittels. Welches konnte dieses aber anders seyn, als die Klage aus dem Contract, da dieselbe bey den negotiis bonae fidei schon längst vorher das gewöhnliche Rechtsmittel war, wenn ein Theil sich gegen den andern über eine manifesta iniquitas beschwerte [79])? Es liegt dieß auch ganz in der Natur der iudiciorum bonae fidei, daß sie auf alles gehen, was der Billigkeit gemäß ist, wenn es auch nicht gerade verabredet worden [80]), ja wenn es selbst der Aufhebung des Contracts gelten sollte, wie mehrere Stellen in dem römischen Gesetzbuche [81]) klar beweisen. In der Praxis ist man jedoch nun einmal gewohnt, die Klage wegen einer Verletzung

79) *L.* 78. *et* 79. *D. Pro Socio.*

80) §. 30. *I. de Action.* §. 3. *I. de obligat. ex consensu. L.* 31. §. 20. *D. de aedilit. edicto.*

81) *L.* 11. §. 3. *D. de act. emti et vend.* Redhibitionem quoque contineri *emti iudicio*, et *Labeo et Sabinus* putant, et nos probamus. §. 5. — verumtamen *ex emto* competere *actionem* ad resolvendam emtionem, ut pretio restituto mulier reddatur. §. 6. *Iulianus* utilem esse *actionem ex emto* etiam ad distrahendam, inquit, emtionem.

tzung über die Hälfte das *Remedium ex L. 2. Cod. de rescindenda venditione* zu nennen [82]), und dasselbe zu den Civil-Restitutionen zu rechnen, welche sich von den prätorischen darin unterscheiden, daß sie in der Regel nicht in die kurze Dauer von vier Jahren beschränkt sind, sondern binnen 30 Jahren gesucht werden können [83]). Diese Klage steht dem verletzten Theile zu, er sey der Käufer oder Verkäufer, und wird gegen den andern Contrahenten, von welchem er über die Hälfte verletzt worden ist, auf Rescission des ganzen Handels gerichtet, wofern sich der Beklagte nicht etwa zur Vergütung der Läsion verstehen will. Ob das Gesuch der Klage deswegen alternativisch einzurichten sey, ist streitig. Mehrere Rechtsgelehrten [84]) halten dieses für nöthig, und glauben, die Klagschrift sey als inept zu verwerfen, wenn geradezu auf die Aufhebung des Geschäfts geklagt worden. Der verletzte Verkäufer müsse also z. B. sein Gesuch so fassen, daß der Beklagte ihm entweder soviel, als an dem wahren Werthe fehlt, annoch nachzuzahlen, oder die ihm verkaufte Sache, gegen Zurücknahme des dafür bezahlten Kaufgeldes, dem Kläger wie-

82) S. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 943 ff.

83) Westphal vom Kaufe §. 810. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 551. nr. III.

84) Unter den ältern Bartolus und der Abt Panormitanus. Diesen Antesignanen sind gefolgt STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 87. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 47. SCHACHER Colleg. pract. Pand. h. t. *Io. Balth.* WERNHER Manuale Pandect. h. t. §. 6. Schmidt theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 4. B. §. 946. u. a. m.

wieder zurückzugeben schuldig sey. Diese Meinung scheint zwar das Canonische Recht für sich zu haben. Denn in dem *Cap. 3. X. de emt. et vendit.* erklärt der Pabst Alexander III. ein richterliches Urtheil für rechtswidrig, weil darin geradezu auf Rescission des Kaufs war erkannt worden, ohne dem Beklagten die ihm gesetzlich zustehende Wahl nachzulassen. Der Pabst sagt: Habita deliberatione cum fratribus nostris et aliis sapientibus viris, qui legibus iurati iudicant, eandem sententiam iuri contrariam intelleximus. *Quia vero in arbitrio emtoris est, si velit, supplere iustum pretium, aut venditionem rescindere, cum res minus dimidia iusti pretii comparatur; sententiam ipsam, tanquam iuri contrariam irritantes, possessionem monachis iudicavimus esse reddendam.* Und in dem *Cap. 6. X. eodem* sagt der Pabst Innocenz III. Cum constitisset nobis, monasterium in praedictarum rerum venditione ultra dimidiam iusti pretii fuisse deceptum, sententionando decrevimus, *ut praefati cives aut, recepto pretio, possessiones restituerent memoratas, aut supplerent, quantum constaret, legitimae venditionis tempore iusto pretio defuisse.* Die Ausleger des Canonischen Rechts [85]) haben diese Stellen fast durchgehends so erklärt, daß nach der Vorschrift derselben nicht nur das Gesuch der Klage wegen einer Verle-

tzung

85) Ausser Barbosa, Gonzalez und Grannanieto sind noch zu bemerken *Henr.* LINCK Commentar. in Decretal. Lib. III. Tit. 17. §. 3. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institution. iurisprud. ecclesiast. P. III. §. 337. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris ecclesiast. Germ. Tom. II. §. 149. u. *Phil.* HEDDERICH Elem. iuris canon. P. III. §. 83.

tzung über die Hälfte, sondern auch das Erkenntniß des Richters alternativisch gefaßt werden müsse, wenn es zu Recht bestehen solle. Allein sollte dieses wirklich die Meinung der Päbste gewesen seyn, so würde ihre Entscheidung, wie schon Just Henning Böhmer [86]) bemerkt hat, auf einem Irrthume und Mißverstand des Civilrechts beruhen. Denn nach den klaren Worten der *L.* 2. und *L.* 8. *Cod. h. t.* kann der Verletzte nur Eins, nämlich Aufhebung des Geschäfts, verlangen [87]). Daß nun der Beklagte durch verhältnißmäßiges Nach- oder Zurückzahlen bis zum wahren Werthe die Rescission abwenden kann, ist eine ihm vom Gesetz gestattete Wohlthat, welche lediglich seiner Willkühr zu überlassen ist. Es ist also hier keine alternative Verbindlichkeit vorhanden, als welche sich nur dann gedenken läßt, wenn der Schuldner von zwey Sachen die eine oder die andere zu leisten verbunden ist, so daß der Gläubiger die eine so gut, wie die an-

86) Not. 2. ad cap. 3. X. de emt. et vend. der Böhmerschen Ausgabe des Corp. iuris canon. Man sehe auch desselben Ius Eccles. Protest. Tom. II. Lib. III. Tit. 17. §. 6. und Desselben Diss. de libellis alternativis. *Halae* 1714. Cap. III. §. 2. sqq.

87) Man vergleiche hier vorzüglich *Hugo* DONELLUS ad L. 2. Cod. h. t. nr. 14. *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 9. und *Alb. Phil.* FRICK Diss. de libello actionis ob laesionem enormem instituendae non disiunctive concipiendo. *Helmst.* 17714. Diesen stimmen auch bey *Herm. Io.* LIENAU Diss. de nat. et indole act. ob laes. enorm. §. 21. Westphal vom Kaufe §. 803. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subs. II. §. 27. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 198. u. a. m.

andere mit vollkommenem Recht fordern kann [88]), oder, wie Paulus sagt *L. 128. D. de Verbor. obligat.* si utraque res *ad obligationem* ponitur, non ad *solutionem.* Ist hingegen, wie hier der Fall ist, nur Eins in obligatione, das Andere aber in solutione, das heißt, ist der Schuldner zwar etwas Gewisses zu leisten verbunden, es steht ihm aber die Befugniß zu, sich durch Leistung einer andern Sache dieser Verbindlichkeit zu entledigen, so findet nach der Strenge des Rechts kein alternatives Gesuch Statt [89]). Indessen ist es doch dem Ansehen des Canonischen Rechts und seiner Ausleger zuzuschreiben, daß in der Praxis die Klagschrift nicht als fehlerhaft verworfen wird, wenn das Gesuch auch alternativisch gefaßt worden ist [90]); und so gewiß es ist, daß dem Beklagten jene gesetzliche Wohlthat auch sogar noch zur Abwendung der Execution zu statten kommen müsse, wenn gleich schlechthin auf die Aufhebung des geschlossenen Handels erkannt worden wäre, indem ein solches Erkenntniß immer unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen seyn würde, es wollte denn Beklagter dem Mangel des wahren Werths ersetzen [91]); so sehr ist dennoch dem

88) BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. 11. und *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diss. XII. §. 14.

89) *L. 6. §. 1. D. de re iudic.* S. Danz Grundsätze des ordent. Prozesses §. 73. S. 187. der Gönnerschen Ausgabe, und der 3. Th. 2. Abth. dieses Commentars §. 282. S. 624.

90) S. BOEHMER cit. Diss. Cap. III. §. 3. und diesen Commentar a. a. O. S. 625.

91) BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 18. Not. 9. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 48. HERT Diss. de

dem Richter anzuempfehlen, daß er dem Beklagten die ihm zustehende Wahl vorbehalte, um nicht zu unnöthigen Beschwerden Anlaß zu geben. Nur dann würde freylich das richterliche Erkenntniß als rechtswidrig anzufechten seyn, wenn der Beklagte, der sich bey der Einlassung auf die Klage zur Nach- oder Zurückzahlung erbot, dessen ungeachtet zur Zurückgabe der ihm verkauften Sache, oder zur Zurückgabe des empfangenen Kaufgeldes schlechterdings wäre verurtheilt worden; welches auch wohl der Fall gewesen seyn mag, in welchem der Pabst Alexander III. in dem oben angeführten *Cap. 3. X. de emt. et vend.* die Sentenz des Richters, tanquam iuri contrariam, aufhob; wenigstens bin ich geneigter, dieses anzunehmen [92]), als den Pabst mit **Böhmer** eines Irrthums zu bezüchtigen, oder mit **Anton Schmidt** [93]) eine Abänderung des Civilrechts zu behaupten. Dahingegen kann ich dem **Reinhard Bachov von Echt** [94]) nicht beystimmen, wenn er den Beklagten die Wahl nur bis zur Litis-Contestation gestattet wissen will. Denn vor dem Erkenntniß des Richters ist es ja überhaupt noch gar nicht entschieden, ob der Beklagte dem Kläger Et-

de electione ex obligatione alternativa debitori debita. Sect. I. §. 3. BOEHMER Diss. de libellis alternativis. Cap. III. §. 4. WERNHER Diss. de laesione enormi. §. 39.

92) Man sehe auch *Ignat. Christph.* FREYBOTT Specim. iuris civ. quo contractum emtionis vendit. propter laesionem enorm. de se praecise rescindi determinatur. §. 22.

93) Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 149. Not.

94) Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Th. 10. Lit. B.

Etwas zu leisten verpflichtet sey, da alles von dem Beweis der Läsion abhängt. Es ist also der Natur der Sache gemäß, daß dem Beklagten die ihm nach dem Gesetz zustehende Wahl auch nach dem erfolgten richterlichen Erkenntniß zu gestatten sey [95]).

Die bemerkten Rechtsmittel sind übrigens so wenig den Erben des Verletzten, als dem Bürgen desselben zu versagen [96]). Denn ausserdem daß der Erbe ohnehin gleiche Rechte mit dem Erblasser hat [97]), so fordert ja der Verletzte nur das, was ihm an seinem Vermögen fehlt. Es kommt daher auch gar nicht darauf an, ob dem Erblasser die Verletzung bekannt gewesen ist, oder nicht, wenn nur von Seiten desselben nichts geschehen ist, wodurch er selbst von diesem Rechtsmittel wäre ausgeschlossen worden [98]). Denn eine Entsagung wird im Zweifel nie vermuthet [99]). Daß auch der Bürge durch die Aufhebung des

95) S. *Tob. Nic.* WIBEL Diss. de laesione enormi in negotiis mercatoriis. *Ienae* 1794. §. 8.

96) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. LIENAU Diss. cit. de natura ac indole actionis ob laes. enorm. §. 23.

97) *L.* 59. *D. de div. reg. iur.*

98) *Dav.* MEVIUS Decision. P. II. Dec. 147. und *I. C. L. de* SCHELWITZ Comm. in qua disquiritur, utrum heredi remedium L. 2. Cod. de resc. vend. detur. *Ienae* 1767. §. 2—4.

99) Anderer Meinung ist zwar *W.* KAESTNER Remedium L. 2. C. de resc. vendit. liberis heredibus non opitulari. *Lipsiae* 1764. Allein man sehe *I. N.* MÖCKERT Diss. de actione rescissoria ob laesionem enormem liberis heredibus non deneganda. *Rintel.* 1767.

des Contracts von seiner Verbindlichkeit befreyet werde, sagt **Papinian** *L.* 95. § *ult. D. de solution.* ausdrücklich. Wird er früher belangt, so kann er sich entweder nach der Novelle 4. *cap.* 2. der Einrede der Excussion bedienen, oder auch geradezu die exceptio laesionis enormis vorschützen. Denn die aus dem Geschäft selbst entspringenden Einreden (exceptiones reales) kommen auch dem Bürgen zu statten [100]). Gegen den dritten Besitzer findet hingegen wegen einer enormen Verletzung keine Klage statt [1]). Denn man halte sie für die Contractsklage, oder für eine Condiction, so ist sie immer nur eine persönliche Klage. Ja man würde dem verletzenden Theil die ihm nach dem Gesetz zustehende Wahl entziehen, und ihm einer nachtheiligen Regreßklage aussetzen, wenn man die Klage gegen den Dritten gestatten wöllte, an welchen die Sache schon wieder veräußert worden ist. Zwar nehmen viele [2]) den Fall aus, wenn der Ver-

100) *L.* 7. §. 1. *D. de except.*

1) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VII. Err. 3. *Ant.* MERENDA Controvers. iuris Lib. I. cap. 43. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 31. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 91. WERNHER Diss. de laesione enormi. §. 24. MEVIUS P. V. Decis. 22. GREGEL Specim. de remedio L. 2. C. de resc. vend. §. 19 et 20. und der Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. B. Meditat. 92. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. IV. cap. 1. §. 31. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. Th. §. 199. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 395.

2) COVARRUVIAS A LEYVA Variar. Resolut. Lib. II. Cap. 3. n. 10. *Matth.* BERLICH Decis. aur. P. I. Decis. 157. *Reinh.*

Verletzende nicht im Stande ist die Läsion zu vergüten, und der Dritte entweder in bösem Glauben, oder auch um einen eben so geringen Preis oder ganz unentgeldlich die Sache an sich gebracht, und sich also mit dem Schaden des Verkäufers bereichert hat. Nach einigen [3]) soll dann der Billigkeit wegen eine actio in factum, nach andern [4]) aber die actio Pauliana utilis statt finden. Allein die Beweise für diese Meinung sind nicht überzeugend. Denn die *L.* 13. §. 1. *D de minor.* handelt von der Wiedereinsetzung eines Minderjährigen in den vorigen Stand, und kann wegen der besondern Begünstigung des minderjährigen Alters nicht auf die Restitution eines Großjährigen wegen einer enormen Verletzung angewendet werden. Die L. 1. et L. 3. Cod. *Si vendito pign. agatur* aber sprechen von dem Verkaufe eines Pfandes, wobey der Gläubiger bekanntermaßen als Mandatar des Schuldners zu betrachten ist [5]), und folglich nichtig handelt, wenn er beym Verkaufe treulos verfährt

Reinh. BACHOVIUS ECHT Not. et Animadv. ad *Treutlerum* Vol II. Disp. II. Th. 11. lit. G. *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 18. not. 8. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. et *Io. Ern. Bern.* EMMINGHAUS ad *Eundem* not. u. u. a. m.

3) *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXIII. Th. 91. not. ξ. Ernst Gottfr. Schmidt theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 4. B. §. 945.

4) Wie Bachov, Voet, und von *Cocceji* an den angef. Orten.

5) *L.* 29. *in fin. D. Famil. ercisc.*

fährt [6]); sie sind also hier ebenfalls nicht anwendbar. Am allerwenigsten aber gehört hierher die *L. 67. D. de contrah. emt.* wo gesagt wird, daß bey der Veräußerung einer Sache das Eigenthum cum sua causa auf den Käufer übertragen werde. Denn das Wort causa bezieht sich offenbar nur auf die Zubehörungen der Sache, und begreift sowohl die auf der Sache ruhenden Gerechtigkeiten als Lasten unter sich [7]). Keinesweges aber ist daraus die Folge zu ziehen, daß der zweyte Käufer eben so, wie der erste, belangt werden könne, wenn der Verkäufer über die Hälfte verletzt worden ist.

§. 1030.

In welchen Fällen findet keine Rescission des Kaufs wegen enormer Verletzung Statt?

Das Rechtsmittel wegen einer Verletzung über die Hälfte fällt weg,

1) wenn

6) *L. 1. §. 5. D. de except. rei vend. et trad. L. 4. et 5. Cod. Si vend. pign. agat.* S. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. I. Err. 5. Ob nicht auch dem Schuldner gegen den Verkauf, den übrigens der Pfandgläubiger auf rechtliche Art unternommen hat, das Rechtsmittel der L. 2. Cod. de resc. vendit. zustehe? ist eine Frage, welche zwar von mehreren, z. B. PINELUS ad L. 2. C. h. t. P. II. Cap. II. §. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. in fin. und Westphal syst. Erläut. der Röm. Ges. vom Pfandrecht §. 220. Not. 244. Nr. 3. bejahet, von *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. I. Err. 8. aber, sofern sich der Käufer des Pfandes keines Dolus schuldig gemacht hat, aus nicht unerheblichen Gründen verneinet wird.

7) S. Westphal vom Kaufe §. 115.

1) wenn die Verletzung nicht durch den Contract sondern durch andere zufällige Umstände entstand, welche erst nach dem Contract eintraten [8]).

2) Wenn die Verletzung nicht erwiesen werden kann [9]). Von diesem Beweise ist schon oben gehandelt worden.

3) Wenn der Kauf z. B. wegen Betrugs, Furcht und Zwangs, oder wegen Irrthums schon an sich nichtig ist. Denn hier kann der Handel angefochten werden, wenn auch keine enorme Läsion vorhanden ist [10]).

4) Wenn der Testator dem Erben befohlen hat, eine Sache einer gewissen Person für einen bestimmten Preis zu verkaufen [11]); oder wenn der Legatar gegen die ihm vermachte Summe eine ihm gehörige Sache an einen Andern zu überlassen von dem Testator beschwert worden ist [12]). In beyden Fällen kommt es dann auf den wahren Werth der Sache nicht mehr an, weil der Wille des Erblassers von dem erfüllet werden muß, welcher sich durch Antretung der Erbschaft, oder Annehmung eines mit dieser Beschwerde behafteten Vermächtnisses zur Erfüllung desselben einmal verpflichtet hat [13]).

5) Wenn

8) *L. 8. Cod. h. t.*

9) Nic. Hieron. Gundlings rechtliche Ausarbeitungen. 2. Th. Nr. LXXIX.

10) LEYSER Medit. ad Pand. Spec. CCV. medit. 1.

11) *L. 49. §. ult. D. de legat. 1.*

12) *L. 70. §. 1. D. de legat. II.* Papinian führt den Grund an: Non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat. Man sehe über diesen Grund *Bern. Henr.* REINOLDI Varior. Cap. 27. in *Opusc.* pag. 179.

13) PINELUS cit. Comm. P. I. Legis 2. h. t. Cap. I. nr. 19. und VOET Comm. ad Pand. h. t. 16.

5) Wenn der Verletzte wußte, daß er die Sache zu wohlfeil weggab, oder zu theuer kaufte, weil hier eine Schenkung des Uebrigen um so mehr anzunehmen ist, als Schenkungen nach dem neuern Römischen Recht auch durch stillschweigende Einwilligung geschehen können [14]). Im Zweifel wird jedoch eine solche Wissenschaft nicht vermuthet, sondern sie muß von dem Beklagten, welcher sie als Einrede vorschützt, erwiesen werden [15]). Man muß daher im Zweifel immer annehmen, daß der Verletzte den wahren Werth der Sache nicht verstanden habe [16]). Zwar wird

14) *L.* 38. *L.* 57. §. 2. *D. de contrah. emt.* *L.* 53. *L.* 145. et *L.* 203. *D. de div. reg. iuris* *L.* 11. *Cod. h. t.* *L.* 9. *Cod. de act. emti et vend.* CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 34. Def. 3. nr. 4. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 88. BACHOV Not. et Animadv. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Th. 10. lit. E. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 17. WESTENBERG Princip. iur. Rom sec. ord. Dig. h. t. §. 15. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 200. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 551. in fin. Schweppe Röm. Priv. Recht 2. B. §. 394. a. E.

15) *L.* 19. *pr. D. de probat.* *Io Balth. L. B. a* WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 202. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 26.

16) Nemo enim facile suum iactare praesumitur. *L.* 25. *pr. de probat.* Daher setzt auch *L.* 1 *Cod. Si maior factus alienat. fact. sine decreto ratam hab.* ausdrücklich voraus: inconsulto errore lapsum patrem perperam venditioni consensum dedisse. S. Westphal vom Kaufe §. 803.

wird es in der *L.* 15. *Cod. de resc. vend.* dem Verkäufer zur Last gelegt, daß er sich nicht vorher erkundiget hat. Allein dieser Vorwurf trift den Verletzten nur dann, wenn er, wie das Gesetz sagt, paulo vilioris pretii nomine den Kauf anfechten wollte. Anders ist es bey einer Verletzung über die Hälfte. Hier wird dem Verletzten seine Unwissenheit zu gute gehalten [17]). Viele [18]) halten jedoch dafür, daß wenn das Geschäft aus Noth geschlossen ward, es gar nicht darauf ankomme, ob der Verletzte den Werth der Sache gekannt habe, oder nicht. Hier könne bey einer erweislichen Verletzung über die Hälfte ohne Unterschied auf Rescißion des Handels geklagt werden. Denn das Gesetz, welches immer einen solchen Fall voraussetze, mache keinen Unterschied, sondern wolle blos die übermäßige und unbillige Ungleichheit berücksichtiget wissen. In einem solchen Nothfall lasse sich auch von Seiten des Gedrängten nicht füglich eine Schenkung annehmen [19]). Allein daß dem

17) Leges enim erranti, ac de damno evitando certanti magis, quam lucrum enorme captanti favent. Arg. *L.* 6. §. 11 *D. Quae in fraud. creditor. L.* 41. §. 1. *L.* 206. *D. de div. reg. iur.*

18) FACHINAEUS Controv. iuris Lib. II. cap. 20. Controv. V. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VIII. Err. 7. MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXIII. Th. 88. not. α. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. *Ant.* MERENDA Controv. iuris Lib. I. Cap. 34. §. 9. PINELUS cit. Comm. ad L. 2. Part. I. Cap. 1. nr. 10. HOMMEL Rhaphod. Quaestion. in foro quot. obvenient. Vol. I. Obs. 5. und *Tob. Nic.* WIBEL Diss. de laesione enormi in negot. mercator. §. 9.

19) *L.* 18. *D. de adim. vel transf. legat. L.* 10. *Cod. de donat.*

dem Verkäufer die Noth, welche ihn zum Verkaufe trieb, wenn er auch deswegen die Sache für einen geringern Preis weggegeben haben sollte, nicht zur Aufhebung des Geschäfts berechtige, lehrt die *L.* 12. *Cod. h. t.* [20]). Eine solche Noth, sofern sie mit keinem widerrechtlichen Zwange eines Andern verknüpft war, hindert auch die Einwilligung nicht, wenn dem Verkäufer der wahre Preis der Sache bekannt war. Sie kann daher dem schuldlosen Mitcontrahenten nicht zum Nachtheil gereichen. Nicht zu gedenken, wie sehr das Commerz und die Sicherheit der Käufer darunter leiden würde, wenn man in dem Falle, da Jemand seine Sache aus Noth zu wohlfeil verkauft hat, eine Rescission des Geschäfts gestatten wollte. Aus diesen und mehreren andern Gründen haben daher schon **Arnold Vinnius** [21]), und **Georg Stephan Wiesand** [22]) jener Meinung widersprochen.

F 2 6) Wenn

20) Es heißt zwar in dieser *L.* 12. *C. h. t.* Non idcirco minus venditio fundi, quod hunc ad munus sumtibus necessariis urgentibus, *non viliore pretio*, vel urgente debito, te distraxisse contendis, rata manere debet; allein schon Jac. Cujacius in Recitat. Solemn. in libr. Cod. ad h. Tit. hat bemerkt, daß das NON wegzustreichen sey, wenn ein richtiger Sinn herauskommen soll. Seine Erklärung von diesem Gesetz geht nämlich dahin: *Lex ait, venditionem non rescindi, quod dicat venditor, se rem vilioris vendidisse, cum pecunia egeret, urgente aere alieno, vel munere civili a se sumto, quod sumtum exigebat; si dicat, se hoc coactum minoris vendere, non ideo venditio rescindetur.* Dem Cujas stimmt auch Westphal von Kaufe §. 26. bey.

21) Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 56.

22) Disceptation iuris. Specim. II. *Vitebergae* 1792. Nr. I.

6) Wenn der Verletzte schon in Voraus seinen Ansprüchen wegen der unmäßigen Verletzung speciell und namentlich entsagte [23]). Denn jedem, welcher die freye Disposition über sein Vermögen hat, steht es frey, seinen Rechten zu entsagen [24]). Mehrere Rechtsgelehrten [25]) wollen jedoch einen Unterschied machen, ob der Entsagende den Werth der Sache gekannt habe, oder nicht. Im letztern Fall halten sie den Verzicht für ungültig, weil man hier annehmen müsse, daß er auf eben dem Irrthum, wie die Verletzung selbst beruhe. Denn eine Entsagung setze immer eine genaue Kenntniß der zu entsagenden Ansprüche voraus. Hat nun der Entsagende den Werth der Sache nicht gekannt, so konnte er auch an keine Verletzung denken. Hierzu komme, daß Niemand durch Verzicht bewirken könne, daß kein Dolus prästirt werde [26]). Dieses würde aber hier geschehen, weil bey einer unmäßigen Läsion der

23) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VII. Err. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 57 *Io. Frid.* BOECKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 3. Qu. 9. pag. 629. *Io. Ortw.* WESTENBERG Dig. h. t. §. 15. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 200 lit. C.

24) *L.* 29. *Cod. de pact. L.* 46 *D. eodem. L.* 14. §. 9. *D. de aedilit. edicto L.* 69 D. *de div. reg. iur.*

25) *Ant.* MERENDA Controvers. iuris Lib. I. cap. 39. *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. h. t. §. 17. *Henr.* COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vendit. Th. 11. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. III. §. 551. VI. 6.

26) Arg. *L.* 27. §. 3 *et* 4. *D de pact. L.* 1. §. 7. *D. depositi. L.* 17. *pr. D. Commod. L.* 23. *D. de div. reg. iuris.*

der Dolus in der Sache liege [27]). Allein diese Gründe verlieren ihr Gewicht, wenn man erwägt, daß selbst die Unkunde des wahren Werths der Sache die Absicht zu schenken nicht schlechterdings ausschließt, und daher die Gültigkeit eines solchen Verzichts nicht hindert, der nichts anders, als die Verabredung enthält, daß es bey dem bedungenen Preise schlechterdings bleiben solle, wenn sich's auch ergeben würde, daß eine übermäßige Ungleichheit vorhanden wäre. Warum sollte ein solcher Vertrag unter Personen, welche die freye Disposition über ihr Vermögen haben, nicht verbindlich seyn, sofern demjenigen, zu dessen Vortheil die Begebung geschehen ist, kein Betrug dabey zur Last fällt? Ein solcher Dolus aber ist, wie uns die Kaiser **Diocletian** und **Maximian**, als die besten Ausleger ihrer Verordnungen, in der *L.* 10. *Cod. h. t.* lehren, nicht nach der quantitate pretii, sondern nach der qualitate facti zu beurtheilen. Und hiermit stimmt auch **Papinian** überein, wenn er *L.* 79. *D. de div. reg. iur.* sagt: Fraudis interpretatio semper in iure civili, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur.

7) Wenn der Verletzte ein gewagtes Geschäft auf Gewinn und Verlust schloß. Denn die *L.* 2. *Cod. h. t.* setzt den Verkauf einer solchen Sache voraus, deren Werth schon zur Zeit des Contracts eine gewisse Bestimmung hat. Dieß fällt aber bey einer emtio spei weg, deren Gegenstand von einer Casual-Bedingung abhängt [28]). Man wen-

27) *L.* 36. *D. de Verb. obligat.*

28) *L.* 8. §. 1. *D. de contrah. emt. L.* 11. §. *ult. L.* 12. *D. de act. E. et V.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15.

Gebr.

wendet zwar ein, das Wagen hebe den Begriff einer enormen Verletzung nicht auf [29]). Allein wer wagt, muß den Schaden, den er sich selbst zuzuschreiben hat, mit dem Gewinn compensiren, den er auch wahrscheinlich hätte machen können. Selbst bey Erbtheilungen, bey welchen doch die Gesetze die genaueste Gleichheit beobachtet wissen wollen [30]), kommt die Läsion nicht in Betracht, si tantum aestimatus sit dubius eventus, wie **Paulus** sagt *L. 23. D. Famil. ercisc.* [31]). Und dennoch konnten mehrere Rechtsgelehrten [32]) aus eben dieser Gesetzstelle ein Argument hernehmen, daß auch bey der emtio spei die Klage wegen der Verletzung über die Hälfte nicht ausgeschlossen sey.

8) Wenn die Gesetze selbst den Preis bestimmt haben. Denn hier wird keine Uebertheuerung gestattet [33]).

9) Wenn der verletzte Käufer die Sache willkührlich wieder veräußert, und einem Andern tradirt hat. Hier wird ihm die Klage gegen den Verkäufer darum versagt, weil

Gebr. **Overbek** Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Medit. 217 und WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 19.

29) **Zirklers** Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. S. 85.

30) *L. 3. C. Commun. utriusq. iudic.* S. den 11. Th. dieses **Commentars** 1. Abth. §. 734. S. 103.

31) S. **Westphals** Syst. der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 772.

32) BERGER Oecon. iuris. Lib. III. Tit. 5. Th. 18. Not. 4. in fin. LAUTERBACH coll. th. pr. Pand. h. t. §. 36.

33) S. den 16. Th. 1. Abth. §. 979. dieses **Commentars**.

weil er durch seine Handlung und freyen Willen das Geschäft in einen solchen Zustand gebracht hat, daß dem Verkäufer die ihm nach dem Gesetz zustehende Wahl nicht mehr übrig ist [34]). Ob aber endlich.

10) das Gesuch um Rescission des Geschäfts auch dann wegfalle, wenn der Verkauf öffentlich an den Meistbietenden durch Zuschlag geschehen ist? ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Viele [35]) tragen kein Bedenken, diese Frage schlechthin zu bejahen, wenn nur kein Betrug von Seiten des Licitanten erweislich ist. Ihre Gründe sind, weil, der Natur des Geschäfts wegen, immer derjenige Werth als der wahre angesehen werden müsse, welcher

34) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 20. de COCCEJI iure civ. controv. h. t. Qu. 9. Nr. V. Thibaut Syst. des P. R. 1. Th. §. 200. lit. E.

35) CARPZOV Resp. iur. Lib. IV. Resp. 1. BERLICH P. I. Decis. 126. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXIII Th. 89. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. X. Err. 7. et 9. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. Part. VIII. Obs. 277. BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. 6. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCV. Cor. 1. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. in foro quot. obvenient. Vol. IV. Obs. 586. nr. 22. et 23. *Ge. Christph.* GOLLING Diss. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. neque in transact. iudiciali, neque in subhastatione publica admittendo. *Altdorfii* 1732. Cap. II. §. 7. sqq. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 15. WIESAND Opusc. pag. 228. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 20. Klein's merkwürdige Rechtssprüche der Hall. Juristen-Fakultät 1. B. Nr. XLIV. Zirklers Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. S. 93. f.

cher durch die öffentliche Versteigerung ist ausgemittelt worden. Denn darum werde ja eine Sache subhastirt, ut, quantum fieri potest, pinguiorem emtorem inveniat. Wenn daher auf das höchste Gebot der Zuschlag geschehen ist, so müsse nach förmlichen Recht angenommen werden, die Sache sey so gut an den Mann gebracht, als sie nur immer angebracht werden konnte, und es würde gegen den öffentlichen Glauben streiten, wenn er dem Käufer nicht volle Sicherheit gewährte. Man sucht diese Meinung aber auch noch durch mehrere Verordnungen des Römischen Rechts zu begründen, in welchen gesagt wird, daß ein durch Subhastation geschehener Verkauf weder durch Auctorität eines landesherrlichen Rescripts, noch durch die Rechtswohlthat des minderjährigen Alters, noch aus irgend einer andern Ursach, als wegen Betrugs, rescindirt werden, sondern das Eigenthum einer auf diese Weise gekauften Sache bey demjenigen unwiederruflich verbleiben solle, dem dieselbe für das höchste Gebot zugeschlagen worden ist. Diese Gesetze sind

L. 5. Cod. de fide et iure hastae fiscal. Quaecunque pro reliquis prodigorum in annonario titulo [36]), caeterisque fiscalibus debitis in quibuscun-

36) *Reliqua prodigorum in annonario titulo* sind rückständige Lieferungen von allerhand Lebensmitteln zur kaiserlichen Armee. *Prodiga*, sagt *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de fide et iure hastae. lib. X. Tit. 17. sunt, quae pro usu quotidiano prodigi oportet: puta species annonariae, veluti vinum, frumentum, esculenta potulentave, quae prodiguntur; oder wie Cujaz ad L. 5. C. eod. annona militaris, quae in dies prodigenda est. *Annonarius titulus* ist, wie ebenfalls Gothofred a. a. O. sagt,

cunque corporibus [37]) sub auctione licitanda sunt, fisco auctore vendantur: *ut perpetuo penes eos sint iure dominii, quibus res huiuscemodi sub hastae solemnis arbitrio fiscus addixerit*, et si quidem unquam, ut a fisco facta venditio possit infringi, *auctoritate rescripti* fuerit impetratum, nullus obtemperet: cum etiam *minoribus, si quando aliquid ex rebus eorum pro fiscalibus debitis addicatur emtoribus, repetitionis facultas in omnem intercipiatur aetatem.*

L. ult. Cod. Si propter publicas pensitat. vendit. fuerit celebrata. Si quis fundum, vel mancipium (aliamve rem) ob cessationem tributorum, vel etiam ob vestium [38]), auri argentique debitum, quae

sagt, quod in annonis et annonariis speciebus fisco penditur. Allein Westphal vom Kauf §. 637. meint, *Reliqua prodigorum* seyen die Reste derer, welche zur Bestreitung der Abgaben in Getraide und andern Früchten bestellt waren, und untreu gegen den Fiskus gehandelt hatten, oder der Schuldner dieser Abgabe selbst. Die Gothofredische Erklärung nimmt auch BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Prodigus* an.

37) Unter *corpora* werden also hier nicht blos unbewegliche Güter verstanden, sondern auch andere Sachen von Werth.

38) Es ist dieß von militairischen Kleidungsstücken zu verstehen, welche gewisse Provinzen in Spanien, besonders die provincia Baetica, an deren Präses diese Constitution gerichtet ist, zur Armee liefern mußten. Diese Lieferung hieß daher *Canon vestium, L. 2. Cod. Theod. de militari veste*, und die als Tribut zu liefernden Kleidungsstücke selbst wurden *vestes canonicae* genennt. *L. 1. Cod. Th. de distrah. pignorib. quae tributor. causa tenentur.* S. *Iac.* GOTHO-

quae annua exactione solvuntur, occupata, convento debitore, et apud iudicem interpellatione celebrata, cum solutio cessaverit, *sub hasta distracta comparaverit, perpetuam emtionis accipiat firmitatem.*

L. 8. Cod. de remiss. pignor. Si hypothecas fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium: palam est, etiam actionem suam amisisse eos, quam in rem habebant, *nam fiscalis hastae fides facile convelli non debet.*

Wie nachtheilig es für Credit und Commerz seyn würde, selbst den Minderjährigen gegen einen durch öffentliche Versteigerung geschehenen Verkauf ihrer Sachen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen, lehrten insonderheit *L.* 7. §. 8. und *L.* 24. §. 1. *D. de minorib.*

Dahingegen sey es keinem Zweifel unterworfen, daß auch fiskalische Subhastationen wegen Betrugs und arglistiger Collusion wieder aufgehoben werden könnten, wie folgende Gesetzstellen bewiesen.

L. 3. Cod. de iure fisci. Si minori pretio, quam res est, *aperta fraude emtoris vel gratia,* quae obligata sunt fisco, venierint, aditus Procurator meus debitam quantitatem inferenti restitui ea praedia iubebit.

L. 2. Cod. de fide et iure hastae fiscalis. Duplex ratio desiderium tuum iuvat: et quod praeter-

THOFREDUS Comment. ad Tit. Cod. Theodos. de militari veste Tom. II. Lib VII. Tit. 5. und Tom. IV. Lib. XI. Tit. 9. ad L. 1. cit. pag. 93. der Ritterschen Ausgabe.

termissa hastarum solemnitate possessiones tuas ex officio distractas [39]) suggeris: *et quod pretii vilitate, ob exiguum debitum, gratiosam emtionem*[40]) *in fraudem tuam, inutilitatemque rationum mearum, adversarium commentum* [41]) *fuisse dicis.* Quapropter illicita ista redargue tam indemnitati fisci consulturus, quam tuae securitati operam laturus.

L. 16. *Cod. de rescind. vend.* Si quos debitorum mole depressos necessitas publicae rationis adstringat proprias distrahere facultates: rei qualitas et redituum quantitas aestimetur [42]), *nec sub nomine subhastationis publicae locus fraudibus relinquatur, ut, possessionibus viliore pretio distractis, plus exactor* [43]) *ex gratia, quam debitor ex pretio con-*

39) Denn ohne Subhastation konnte wegen fiskalischer Schulden nicht zum Verkauf geschritten werden. Gesetzt aber auch, es wäre eine Subhastation geschehen, so blieb noch immer der andere Grund übrig, dieselbe anzufechten, nämlich der, Betrug des Gegners. S. Westphal vom Kauf §. 20.

40) *Gratiosa emtio* ist ein Kauf, wobey es nach Gunst gieng.

41) *Comminisci* heißt hier soviel als durch List zu Stande bringen.

42) Wenn die Güter derjenigen, die den öffentlichen Cassen schuldig waren, zur Befriedigung des Fiskus veräußert werden sollten, so mußte vor der Subhastation ein Anschlag derselben gemacht werden, damit sie in einem proportionirten Werthe dem Meistbietenden zugeschlagen werden konnten, und hierdurch aller Betrug auf Seiten derer, welche dergleichen fiskalische Veräußerungen zu besorgen hatten, verhütet würde. S. Westphal a. a. O. §. 19.

43) *Exactores* wurden diejenigen genennt, welche die fiskalischen Forderungen beytrieben, wenn ihnen die Namen der Schuldner

von

consequatur[44]). Hi postremo sub emti titulo perpetuo dominii iure potiantur, qui tantum adnumerarint fisco, quantum exegerit utilitas privatorum[45]). Etenim periniquum est, ut, *alienis bonis sub*

von dem Tabularius civitatis, dergleichen Listen man breves debitorum nannte, waren angezeigt worden; dann die Schuldner auspfändeten, und ihr Eigenthum zur Subhastation brachten. Sie hießen auch *Ducenarii*, *Centenarii*, oder *Sexagenarii*. S. *L.* 1. *Cod. Theod. de exactionib.* und *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. in Cod. Theod. Lib. XI. Tit. VII. ad cit. L. 1. Tom. IV. pag. 69.

44) Die Exactores pflegten zuweilen durch Arglist und Collusion mit den Käufern die Güter der Schuldner für einen geringen Preis zuzuschlagen, so daß der Gewinn für sie dabey oft größer war, als der Preis, der aus dem Verkauf gelöset wurde.

45) Es konnte also auch bey fiskalischen Subhastationen die gänzliche Aufhebung des Geschäfts dadurch abgewendet, und ein unwiederrufliches Eigenthum an der erstandenen Sache erhalten werden, wenn der Licitant noch soviel nachzahlte, als an dem geschätzten Werthe fehlte. Die Worte: *quantum exegerit utilitas privatorum* beziehen sich auf den proportionirten Werth der Sache, oder wie IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. pag. 575 diese Worte erklärt, quantum ista res pro qualitate sua et redituum quantitate vulgo valeret inter privatos. Einige Rechtsgelehrten behaupten, daß selbst wegen eines erwiesenen Dolus eine Subhastation nicht umgestoßen, sondern nur auf Vergütung der Läsion geklagt werden könne, weil hier der dolus nie causam dans, sondern immer nur incidens sey, welcher kein Recht gebe, auf Rescission des Geschäfts, sondern nur auf das Interesse zu klagen. *L.* 13. §. 4. *et* 5. *D. de act. emt. vend.* So HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 586. nr. 35. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. XV. not. g.

sub gratiosa auctione distractis, parum accedat publico nomini, cum totum pereat debitori [46]).

So wie nun also von Seiten desjenigen, dessen Güter öffentlich versteigert worden sind, das Gesuch um Rescission des Geschäfts unstatthaft sey, so müsse auf der andern Seite auch der Käufer diesen Rigor gegen sich entscheiden lassen, eben weil er für ihn gelte. Er könne daher nicht restituirt werden, wenn er sich im Ueberbieten vergessen habe, weil er auch den Verkäufer nicht in den vorigen Stand herstellen kann, wo mehrere Kauflustige die Sache hinaufgetrieben haben.

Andere [47]) hingegen sind der Meinung, daß, aller dieser Gründe ungeachtet, auch Subhastationen wegen einer Ver-

46) Der Sinn dieser Worte ist, es sey unbillig, daß durch eine Versteigerung, wobey es blos nach Gunst gieng, der Fiskus nur eine Kleinigkeit auf seine Forderung erhalte, dagegen aber dem Schuldner der ganze Werth verlohren gehe. S. Westphal a. a. O. §. 19.

47) *And.* FACHINAEUS Controvers Lib. II. cap. 21. §. *Amplius.* *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. h. t. nr 19. *Ant.* GOMEZ Var. Resolut. T. II. Cap. 2 nr. 23. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. IX § 20. *Henr.* ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 25. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat iur. univ. Tom. III. Obs. 78. Westphal vom Kauf. §. 812. und desselben Rechtsgutachten. 1. Band Nr. 30. Qu. 3. S. 375. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 1939. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. B. Medit 4. Höpfner theor. pr. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 870. Not. 5. Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände

Verletzung über die Hälfte ohne alle Einschränkung umgestoßen werden könnten, wenn nur die Verletzung erwiesen werden könne, es möge ein Betrug dabey vorgegangen seyn, oder nicht. Ihre Gründe sind, 1) die angeführten Gesetze sprächen sämmtlich nur von fiskalischen Versteigerungen, welche in der römischen Fiskalverfassung ihren Grund hätten, und daher auch keine allgemeine Anwendung fänden, redeten auch von keiner Verletzung über die Hälfte. 2) Die Gesetze, welche wegen einer Verletzung über die Hälfte die Rescission des Contracts gestatten, räumten dieses Recht ganz allgemein jedem Verkäufer ein, ohne dabey auf die Art, wie der Kauf geschlossen worden, im mindesten Rücksicht zu nehmen. So weit sich nun keine gegründete Ausnahme von dieser allgemeinen Regel bey Subhastationen nachweisen läßt, sey auch kein Grund vorhanden, bey dieser Art des Verkaufs von derselben abzugehen. 3) Der gesetzliche Grund der Billigkeit trete sogut bey Subhastationen, als beym Privatverkaufe ein. Es kämen auch 4) selbst in den Gesetzen mehrere Beyspiele vor, wo Subhastationen wegen einer Verletzung rescindirt worden sind. Bey Minderjährigen sey dieß ein ganz gewöhnlicher Fall, und werde auch dafür in den Gesetzen, nämlich *L.* 7. §. 8. *et L.* 49. *D. de minoribus* erklärt, aber er sey auch bey den Großjährigen nicht unerhört, wie aus *L.* 9. *D. h. t.* erhelle, worin **Skävola** sagt: Fundus, qui Lucii Titii erat, ob vectigale reipublicae veniit: sed cum Lucius Titius debitor professus esset, paratum se esse, vectigal exsolvere solidum, quum

stände der heutigen Civilrechtsgelahrheit 1. Band 15. Betracht. **Thibaut** Syst. des Pand. Rechts 1. Band §. 200.

quum minore venisset fundus, quam debita summa esset: *Praeses provinciae rescidit venditionem*, eumque restitui iussit Lucio Titio [48]): quaesitum est, an post sententiam praesidis, antequam restitueretur, in bonis *Lucii* Titii fundus emtus esset? respondit, non prius, quam emtori pretium esset illatum, vel, si pretium nondum esset ab emtore solutum, in vectigal satisfactum esset. 5) Sey zwar gewöhnlich derjenige Werth der Sache für den höchsten zu halten, wofür sie öffentlich verkauft worden; doch sey dieß nicht immer der Fall. Denn es geschehe nicht selten, daß bey Subhastationen die Güter in einem zu gerin-

48) Daß hier der Verkauf sub hasta geschehen war, ist wohl nicht zu bezweifeln, weil das Grundstück des Schuldners wegen öffentlicher Abgaben war verkauft worden. Das Eigenthum war auch auf den Käufer übergegangen. Denn sonst hätte nicht die Frage entstehen können, wenn ehe es der Schuldner wieder erwerbe. Er mußte es also durch die Adjudication und erfolgte Uebergabe des Grundstücks an den Licitanten verlohren haben. Aus welchem Grunde aber der sub hasta geschehene Verkauf wieder aufgehoben worden sey, wird hier nicht gesagt. Soviel aber sieht man doch, daß das Grundstück weit mehr müsse werth gewesen seyn, als die Summe betrug, welche der fiskalische Schuldner an Steuern schuldig war. Denn sonst würde er das Grundstück gegen die Entrichtung der Steuer nicht wieder an sich zu bringen verlangt haben. Mehrere Ausleger nehmen daher an, daß der Zuschlag für den zu geringen Preis per sordes et gratiam geschehen seyn müsse. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. und *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad h. L. pag. 686. sq. Scävola konnte freylich darüber hinausgehen, da über die Rechtmäßigkeit der Rescission kein Streit war. S. Westphal vom Kauf. §. 610.

geringen Preise loßgeschlagen würden, weil es an Kauflustigen fehlt, oder auch der Zuschlag, welcher noch hätte ausgesetzt werden sollen, zu schnell erfolgte[49]). Es komme also alles darauf an, ob derjenige, welcher sich des Rechtsmittels der *L. 2. Cod. de resc. vend.* gegen eine Subhastation bedienen will, eine Verletzung über die Hälfte erlitten zu haben, wirklich beweisen könne.

Viele[50]) unterscheiden endlich zwischen einer nothwendigen und freywilligen Subhastation, und lassen zwar bey dieser, nicht aber bey jener die Rescission wegen einer enormen Verletzung zu. Die Gründe in Ansehung der nothwendigen Subhastation sind die nämlichen, welche auch die erstere Meinung für sich anführt. Bey der freywilligen Subhastation hingegen soll Rescission wegen einer Verletzung über die Hälfte darum Statt finden, weil diese nach den Grundsätzen eines jeden andern Verkaufs zu beurtheilen sey, indem sie lediglich von dem Willen des Verkäufers abhange, mithin jene Gründe, welche bey

49) Man führt hier zur Bestärkung die *L. ult. Cod. de iure dominii impetr. L. 16. C. de resc. vend.* und *L. 2. C. de iure et fid. hastae fisc.* an.

50) PINELUS Comm. ad L. 2. C. h. t. P. II. cap. II. nr. 26. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 16. PHILIPPI de Subhastation. Cap. IV. Comm. 22. nr. 18. BERGER Oecon iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 18 not. 4. *Lüd.* MENCKE Disp. de rescissione emtionis venditionis per subhastationem factae ob laesionem ultra dimidium ex L. 2. C. de resc. vendit. *Lipsiae* 1686. Cap. II. §. 17. sqq. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. h. t. pag. 309. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 551.

bey der erstern Art der Subhastation Statt hätten, hier meistentheils wegfielen.

Unter diesen verschiedenen Meinungen ist wohl die letztere am wenigsten begründet. Kann eine freywillige Subhastation wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden, warum nicht auch eine nothwendige? da erste blos das Beste des Verkäufers, letzte aber zugleich das Beste der Gläubiger, welche unter dem zu geringen Zuschlag der Güter beym Concurs nicht minder leiden, zum Zweck hat. Ist hingegen die Aufhebung einer nothwendigen Subhastation für den öffentlichen Credit nachtheilig, so ist es gewiß eine freywillige nicht minder. Prüft man die Gründe aller drey Meinungen unpartheyisch, so hat wohl die zweyte das Meiste für sich, nach welcher auch die Praxis spricht [51]). Denn daß öffentliche Versteigerungen nicht immer der sicherste Weg sind, den wahren und eigentlichen Werth einer Sache auszumitteln, wird in den oben angeführten Gesetzen selbst anerkannt, welche die Rescission einer Subhastation wegen zu geringen Preises billigen, sey es auch, daß dort ein Dolus daran Schuld gewe-

51) S. *Iust. Henn.* BOEHMER Consultat. et Decision. iuris Tom. II P. I. Decis 365. Dav. Ge. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 69. *Dav.* MEVIUS Decision. Tom. II. P. VII. Dec. 206. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 78. Fried. von Bülow's und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. IV. Band Erört. 43. Ernst Christ. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts. 1. Band Nr. 30. S. 376.

gewesen wäre [52]). Diese Gesetze beweisen wenigstens auf jeden Fall, daß Subhastationen an sich nicht wider jede mögliche Verletzung schützen. Ueberhaupt aber können die Verordnungen der Christlichen Kaiser vor Justinian hier gar nicht zur Entscheidung dienen, weil durch dieselben die *L. 2. Cod. de resc. vendit.* war aufgehoben, und zum Rechtssatz angenommen worden, daß aus dem Grunde des zu geringen Kaufpreises ein sonst gültig abgeschlossener Kauf nicht solle angefochten werden können [53]). Nachdem aber Kaiser Justinian die Verordnungen der Kaiser Diocletian und Maximian wieder hergestellt, und in seinen Codex (*L. 2. et 8. h. t.*) aufgenommen hat; müssen sie schlechterdings als allgemeine Verordnungen gelten, und können daher um so weniger blos auf den Privatverkauf eingeschränkt werden, als derselbe Grund der Billigkeit auch bey einer öffentlichen Versteigerung, sie sey eine nothwendige oder freywillige, eintritt. Der Grund einer erweislichen enormen Verletzung ist dann gewiß auch immer ein so erheblicher Grund, daß dagegen der Einwurf, es sey doch eine Sache von schädlichen Folgen, wenn ein sub hasta geschlossener Kauf unter allerhand Vorwand wieder aufgehoben werden könnte, in keine Betrachtung kommen kann. Denn sonst dürfte ja eine Subhastation nie angefochten werden, und das kann doch wohl die Mei-

52) *L. 9. D. L. 16. Cod. h. t. L. 3.* **Cod.** *de iure fisci. L. 2. Cod. de fide et iure hastae fiscal.*

53) *L. 1. L. 4. et L. 7. Cod. Theod de contrah. emt.* Siehe oben S. 25. ff. und von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der röm. Kaiser von Constantin I. bis auf Theodos II. und Valentinian III. Wetzlar 1811. S. 18. Not. 2.

Meinung des Gesetzgebers nicht seyn, wenn er sagt: *Fiscalis hastae fides* FACILE *convelli non debet*[54]. Aus diesen Gründen erkannte denn auch das hiesige Spruchcollegium in Sachen des Curators der abwesenden Wilhelmine Jungblutin Imploranten, wider den Bürger Johann Georg Salterbach zu Hachenburg Imploraten, die Beschwerde des erstern wegen eines von dem Stadtgericht in einem zu geringen Preise dem Letztern zugeschlagenen, und zur Jungblutischen Massa gehörigen Scheuer-Gebäudes betreffend, im Jahr 1790. für Recht: daß bewandten Umständen nach der Kauf über das Jungblutische Scheuer-Gebäude wieder aufzuheben, und daher Implorat, wofern er dem Imploranten den Mangel des wahren Werths zu ersetzen nicht Willens wäre, das genannte Grundstück zur Jungblutischen Masse, gegen Zurücknahme des dafür bezahlten Kaufgeldes, wieder abzutreten schuldig sey. Der Implorat hatte nämlich das Grundstück als Meistbietender für 205 Thaler erstanden, nach der gerichtlich veranstalteten Taxation aber war es wenigstens 487 Thaler werth. Nach den Verordnungen der *L.* 2. *et* 8. *Cod. h. t.* ist nun einmal, wie Carl Aug. Ritter[55]) ganz richtig sagt, das iustum pretium,

54) *L.* 8. *Cod. de remiss. pignor.*

55) Specim. demonstrationis iurid. qua nonnulli casus et iura notabiliora in materia subhastationum ut et creditorum concursu obvenientia, et ICtor. nostri seculi dissensu hactenus plane ambigua, ex genuinis certis et adaequatis principiis ratiocinando terminantur. *Lipsiae* 1739. §. 27. Man sehe auch noch *Leonh.* CARLIER, oder *Io. Christ. Ios. Franc. Ignat.* UNGER Diss. de rerum publicar. ac privatarum possessionibus et publicis venditionibus. *Herbipoli* 1748. Cap. III. §. 4.

Staats-Bibliothek Bamberg

welches ein gesetzliches Verhältniß mit der verkauften Waare beobachtet, ein naturale requisitum eines jeden Kaufs, was nur durch ein pactum contrarium abgeändert werden kann. Bey Subhastationen ist ein solches pactum nicht anzunehmen, am wenigsten bey nothwendigen; und selbst die Adjudication schließt jenes naturale requisitum nicht aus, und dieß um so weniger, weil ja die Subhastationen gerade zu dem Zweck geschehen, um dadurch den höchst möglichen Werth der Sache auszumitteln. Ist nun das Gegentheil erweislich, was ist wohl noch für ein Grund übrig, warum es hier anders, als bey einem Privatkaufe, seyn sollte?

Darin sind jedoch alle Rechtsgelehrten einverstanden, daß das Rechtsmittel der *L. 2. Cod. de resc. vendit.* durch eine blos gerichtliche Bestätigung des Contracts nicht ausgeschlossen werde. Denn solche Bestätigungen geschehen ja auf den bloßen Antrag der Interessenten, ohne vorgängige Untersuchung, unter der gewöhnlichen Clausel, sofern der Contract an sich zu Recht bestehen kann. Die Rechte der Partheyen bleiben dabey ungekränkt, wenn auch ohne das richterliche Dekret der Verkauf nicht hätte geschehen können [56]). Ob aber das Geschäft auch dann noch angefochten

56) Arg. *L. 11. Cod. de praed. et aliis reb. minor. sine decr. n. alien* PINELUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. P. II. Cap. 2. nr. 21. sqq. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 33. WERNHER select. Observat. for. T. I. P. V. Obs. 234. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCV. medit. 10. Struben rechliche Bedenken 5. Band Bed. 137. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 22.

fochten werden könne, wenn es eidlich bekräftiget worden, ist streitiger. Nach der gemeinen Meinung wird diese Frage verneinet, weil nach der Vorschrift des Canonischen Rechts jeder Eid gehalten werden müsse, der nicht zum Nachtheil der Seeligkeit gereicht [57]). Jedoch wollen einige den Fall ausnehmen, wenn die Verletzung eine laesio enormissima ist [58]). Andere [59]) hingegen sind der bejahenden Meinung, weil der Eid auf einem Irrthume beruhe, wenigstens ein solcher bey einer erweislichen enormen Verletzung zu vermuthen sey, und der Eid eine Ungerechtigkeit mit sich führen würde, wenn er gehalten werden müßte. Der Schwörende könne also um Relaxation des Eides bitten, und dann auf Rescission des Geschäfts klagen. Noch andere [60]) halten nicht einmal eine Absolution für nöthig. Endlich wollen einige [61]) dem Eide die Wirkung beylegen, daß

57) PINELUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. Part. III. Cap. 1. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. Part. IV. Obs. 151. nr. 201. sqq. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 88. not. γ. BERGER Oecon. iuris. Lib. II. Tit. IV. Th. 48. not. 9. *Sam de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. et Q. 32. *Mich. God.* WERNHER Diss. de laesione enormi. § 47. u. a. m.

58) FRANTZKIUS Resolut. iur. civ. Lib I. Resol. IV. nr. 25. et 31. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 58.

59) *Ant.* MERENDA Controv. iur. Lib. I. cap. 40. *Andr.* FACHINAEUS Controv. iur. Lib. II. cap. 17. *Henr.* COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vend. Th. 10.

60) *And.* GAILL Practicar. Observat. Lib. II. Obs. 147. nr. 10. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 200.

61) Dieß ist die Meinung des Baldus, Felinus, Albericus, Catellianus Cotta, Socinus und mehrerer älterer

daß zwar nicht auf Rescission des Geschäfts, wohl aber auf Vergütung der Läsion geklagt werden könne. Die Frage ist eigentlich nach den Grundsätzen von der Wirkung eines promissorischen Eides bey rechtlichen Geschäften zu beurtheilen. Nun kann zwar der Eid an sich die rechtliche Natur der Verbindlichkeit nicht ändern [62]), es läßt sich auch nicht behaupten, daß derselbe die Kraft einer speciellen Entsagung des Rechts, wegen einer erlittenen unmäßigen Verletzung zu klagen, habe, wie **Berger** behauptet; denn die von ihm angeführte *L.* 77. §. 23. *D. de legat. II.* redet blos von einer Fideicommißauflage, welche den Erben, der Ungültigkeit des Testaments ungeachtet, dennoch verbinden soll, wenn er zugleich Intestaterbe ist, und der Erblasser ihn beschworen hat, das Vermächtniß auszuzahlen [63]). Allein das Canonische Recht hat nun einmal zum Gesetz gemacht, *servanda esse iuramenta, sine vi et dolo, sponte praestita, quae in alterius praeiudicium non redundant, nec observata vergunt in dispendium salutis aeternae* [64]). Es erklärt diesem Grundsatz zu Folge Geschäfte, die wegen bürgerlicher Mängel ungültig sind, und angefochten werden können, für gültig [65]). Sofern dieser Grundsatz noch bis jetzt

terer Rechtsgelehrten, welche aber schon Pinel a. a. O. nr. 5. widerlegt hat. Man sehe auch BACHOVECHT Not. et Animadversion. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Thes. XI. lit. E. Verb. *Adeo ut ne quidem.* pag. 99.

62) S. den 4. Th. des Commentars §. 341.

63) S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1364.

64) *Cap.* 28. *X. de iureiur. Cap.* 2. *de pact. in 6to.*

65) Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 16. S. 61. ff. der 2. Aufl.

jetzt, selbst in den Protestantischen Gerichten, gilt, wird also auch wohl die erste Meinung den Vorzug behaupten [66]), obwohl nach theoretischen Gründen die dritte Meinung für die richtigere zu halten ist.

Eben so sehr wird darüber gestritten, ob der Verkauf einer Erbschaft wegen einer enormen Verletzung angefochten werden könne? Ist die Erbschaft, als eine solche, das heißt, als eine universitas iuris, verkauft worden, so läßt sich eine Verletzung über die Hälfte nicht denken [67]). Denn diese kann nur bey Sachen Statt finden, welche einen bestimmten Werth haben. Diesen haben nun zwar einzelne zur Erbschaft gehörige Sachen, aber auf diese kommt es nicht an Daher steht auch der Verkäufer einer Erbschaft nicht für die Entwährung einzelner Sachen [68]). Allein die Erbschaft, als ein ideales Ganzes, hat keinen bestimmten Werth. *Hereditas* enim iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit. *Hereditatis* adpellatio itaque sine dubio continet etiam damnosam hereditatem [69]). Der Verkäufer braucht also hier keine bestimmte Quantität zu gewähren. Er

66) BOEHMERI ius. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. 24. §. 29.

67) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. Cap. 57. Verb. *Atque hanc eandem ob causam.* Besonders *Melch. Gottl* BESEKE de alienatione hereditatis. (*Halae* 1774. 8.) Cap. X. §. 135.

68) *L.* 2. *pr. D. de heredit. vel act. vend. L.* 1. *Cod. de evictio*n. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. Lib. XVIII. Tit. 4. §. *Vult igitur.* Oper. T. II. p. 401. BESEKE cit. lib. §. 134. und Westphal vom Kauf §. 874.

69) *L.* 119. *L.* 178. §. 1. *D. de Verbor. Significat.*

Er liefert die Erbschaft dem Käufer aus, wie sie ist, sie sey beträchtlich oder unbeträchtlich. **Paulus** giebt dieses deutlich zu erkennen, wenn er *L.* 14. §. 1. *D. de hered. vel act. vend.* sagt: Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet. *Quanta autem hereditas est, nihil interest.* Ein Anderes wäre, wenn die Erbschaft nach einem Inventarium verkauft worden, wodurch der Käufer bestimmt wurde, mehr dafür zu geben, als er sonst gegeben haben würde. Hier muß der Verkäufer gewähren, was er versprochen hat, weil sonst der Käufer betrogen wäre. Diese Ausnahme enthält *L.* 15. *D. eodem*, wo **Cajus** sagt: Nisi de substantia eius affirmaverit, das heißt, wie es **Anton Faber**[70]) erklärt, *nisi dixerit venditor nominatim hereditatem in his et in illis corporibus aut iuribus consistere. Quo casu id ipsum, quod promisit, praestare debet: ne alioquin decipiatur emtor, qui ex comparatione rerum a venditore affirmatarum pretium hereditati constituit, longe minori pretio emturus, si venditor nihil de substantia hereditatis affirmasset*[71]). Demohngeachtet sind mehrere Rechtsgelehrten[72]) anderer Meinung. Sie glauben, daraus, daß der Verkäufer die Erbschaft nur so prästiren dürfe, wie sie ist, folge nicht, daß sich der

70) Rational. in Pand. ad L. 15. D. de heredit. vel act. vendita.

71) *L.* 9. *pr. et* §. 1. *D. de dolo malo. L.* 39. *D. de act. emti et vend.*

72) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 38. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCV. med. 4. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

der Käufer nicht über Läsion beschweren könne. Allein die Quantität einer gekauften Erbschaft steht in derselben Kategorie, wie die Güte einer verkauften Schuld-Forderung. Letztere prästirt der Verkäufer so wenig, wie die erstere, so fern ihm nur kein Dolus zur Last fällt, und auch durch Vertrag nicht etwas Anders bestimmt worden ist [73]). Ist nun von Seiten des Verkäufers keine Verbindlichkeit zur Entschädigung vorhanden, wie kann auf Seiten des Käufers ein Klagerecht Statt finden? Nach diesen Grundsätzen erkannte auch das Königl. Preuß. Tribunal zu Berlin [74]).

§. 1031.

Wirkungen der Rescission wegen enormer Verletzung.

Die Wirkungen der Rescission wegen einer Verletzung über die Hälfte sind verschieden, je nachdem der Gegenstand der Verletzung noch vorhanden ist, oder nicht mehr existirt. Im ersten Falle müssen beyde Theile sich das Empfangene zurückgeben, also der Käufer die Sache, und der Verkäufer das Kaufgeld. Ob auch die unterdessen genossenen Vortheile, nämlich Früchte und Zinsen, der Restitution unterworfen, oder nicht vielmehr gegen einander zu compensiren sind, ist nicht entschieden. Viele [75]) behaup-

73) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 1023.

74) S. Hymmens Beyträge zur iurist. Litteratur in den preuß. Staaten. 5. Sammlung S. 122.

75) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. VII. Err. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 50. *Casp.* ZIEGLER Diss. de laesione ultra dimidium. Th. 34. LEYSER Meditat. ad Pand.

behaupten das Letzte, weil die Gesetze der Früchte und Zinsen nicht gedenken, überdem der Käufer bis zur Rescission des Geschäfts wahrer Eigenthümer der Sache gewesen, und, als solcher, die Früchte derselben genossen habe, wegen der hier allenfalls eintretenden Ungleichheit aber dem Verletzten zur Last falle, daß er nicht früher geklagt hat. Hierzu komme, daß der Käufer die Gefahr der Sache trage, billig gehörten ihm also auch die Früchte derselben. Die Rescission geschehe ferner hier immer nur ex nunc, und nicht ex tunc, und ein Verzug auf Seiten des Beklagten lasse sich nicht eher gedenken, als von Zeit des erhobenen Prozesses an. Allein die das Gegentheil behaupten [76], wenden dagegen ein, durch die Rescission werde alles in den vorigen Stand gebracht. Also müsse auch die Sache mit den Früchten, und das Kaufgeld mit den genossenen, oder zu erheben gewesenen Zinsen restituirt werden,

Pand. Vol. III. Specim. CCV. medit. 9. PINELUS Comm. cit. P. II. Leg. 2. Cap. 4. nr. 2. sqq. *Ant.* MERENDA Controv. iur. Lib. I. cap. 46. *Ant.* SCHULTING Thes controv. Dec. LXVII. Th. 6. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subs. II. §. 29. GREGEL Specim. de remedio L. 2. C. de resc. vend. §. 21. Westphal vom Kauf §. 804. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. B. Medit. 29. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1938. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 551. u. a.

76) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. ult. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXX. §. 102. *Henr.* COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vendit. Thes. 6. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. et 27. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 199. Schweppe Röm. Privatrecht. 2. B. §. 395.

den, so weit nicht deshalb eine verhältnißmäßige Compensation Statt findet [77]). Eine gänzlich Compensation der Früchte mit den Zinsen des Kaufgeldes erlaube aber die hier vorhandene Ungleichheit des Empfangenen nicht. Das Gesetz gedenke freylich der Früchte so wenig, wie der Zinsen. Allein die Ausdrücke pretium *restituere*, et fundum *recipere*, begriffen diese Wirkung nach der eigenen Erklärung der Gesetze unter sich. Cum enim verbum *restituas* lege invenitur, sagt **Paulus** *L.* 173. §. 1. *D. de div. reg. iuris*, etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam *fructus* sunt restituendi. Eben dieses bestärkten auch die *L.* 22. 35. 75. und *L. ult.* §. 1. *D. de Verb. Signif.* *L.* 38. §. 4. *D. de Usuris et fruct.* Von den Zinsen aber sage **Ulpian** *L.* 34. *D. eodem: vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari.* Ueberhaupt sey das Verhältniß der Contrahenten unter einander hier nach den Grundsätzen der actio redhibitoria zu bestimmen [78]). In der Theorie verdient diese letztere Meinung allerdings den Vorzug. Denn man kann hier nicht sagen, der Verletzte leide den Schaden wegen der Ungleichheit der Compensation durch seine Schuld, daß er nicht früher geklagt habe, weil er nicht früher zu klagen schuldig war. Eher könnte man es dem Beklagten zur Last legen, daß er nicht den ihm offen gestandenen andern Weg, nämlich

77) *L.* 23. §. 2. *L* 28. §. *ult. D. Ex quib. caus. maior. L.* 24. §. 4. *L.* 27. §. 1. *D. de minorib. L.* 40. §. 1. *D. eodem. L.* 1. *Cod. Si maior factus alienat. factam sine decreto ratam hab.*

78) *L.* 23. §. *ult. L.* 27. *L.* 43. §. 5. *D. de aedilit. edict.*

lich die Vergütung der Läsion, einschlug, und dadurch die ganze Rescission abwendete. Daß der Käufer die Gefahr trägt, kann ihn auch von der Restitution der Früchte nicht befreyen, wenn der Kauf rescindirt wird. Denn auch bey der addictio in diem geht die Gefahr auf den Käufer über. Er bezieht auch als Eigenthümer die Früchte; allein meldet sich ein besserer Käufer, dessen Bedingungen der erste Käufer nicht erfüllen will, so muß er alle gezogenen Nutzungen dem Verkäufer zurückgeben [79]. Dieß ist eine ganz natürliche Folge einer jeden Rescission. Dennoch ist jene erstere Meinung die in der Praxis allgemein herrschende. Auf jeden Fall kann jedoch der Käufer die nothwendigen und nützlichen auf die Sache selbst verwendeten Unkosten abziehen. Die Kosten hingegen, die er blos zu seinem Vergnügen aufwandte, kann er nur wegnehmen, soweit es, ohne die Sache selbst zu verderben, geschehen kann [80]). Hiernach ist denn auch die Frage zu entscheiden, ob die von dem Käufer einem Dritten auf der Sache gegebene Hypothek erlösche, oder gültig bleibe? Schon **Baldus** und **Bartolus** stritten darüber. Erster vertheidigte die fortdauernde Gültigkeit der Hypothek, welche letzterer in Zweifel zog. Beyde haben wichtige Anhänger gefunden. Auf der Seite des **Bartolus** stehen **Jac. Cujacius** [81]), **Anton Merenda** [82]), **Anton Faber** [83]), Rein-

79) *L. 2. §. 1. L. 3. L. 6. D. de in diem addict.*

80) PINELUS ad L. 2. P. II. Cap. 3. nr. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 50. et 54. *Henr.* COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C. h. t. Th. 6. in fin.

81) Observation. Lib. XXIV. cap. 36.

82) Controv. iur. Lib. I. cap. 45.

83) De erroribus Pragmaticor. Decad. XXIII. Err. 2.

Reinhard Bachov [84]), Arnold Vinnius [85]), Lauterbach [86]), Georg Frantzke [87]), Anton Schulting [88]), Westphal [89]) und a. m. Dem Baldus folgen Pinel [90]), Fachinäus [91]), Negusantius [92]), Samuel von Cocceji [93]) und andere. Ich trage kein Bedenken, auf die Seite der ersteren zu treten. Denn ohne Zweifel war der Käufer, als wahrer und vollkommener Eigenthümer, eine solche Hypothek auf der Sache zu bestellen befugt. Nun geschieht hier die Rescission nicht ipso iure, weil der Käufer das Eigenthum unbedingt erworben hat, und die Aufhebung des Contracts durch Vergütung der Läsion abwenden kann. Will er dieses nicht, sondern giebt die Sache zurück, so geschieht auf Seiten des Verkäufers eine neue Erwerbung des Eigenthums. Hier findet also die Regel nicht statt: *resoluto iure constituentis, resolvitur etiam ius ab ipso constitutum.* Denn diese Regel findet nur dann ihre Anwendung, wenn der Constituent entweder kein vollkommenes Eigenthum, oder das Eigenthum nur unter einer resolutiven

84) Tr. de pignorib. Lib. V. cap. 13. §. 6.

85) Select. iuris Quaest. Lib. II. cap. 5.

86) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 51.

87) Commentar. in XXI. libros Pand. Lib. XX. Tit. 6. nr. 154. sqq.

88) Thes. controv. Dec. LXVII. Th. 7.

89) Vom Kauf. §. 804. und Dessen Pfandrecht §. 245.

90) Comm. cit. P. II. Cap. 3. nr. 11.

91) Controv. iuris Lib. II. cap. 33.

92) De pignoribus. P. V. membr. I. nr. 43.

93) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 25.

ven Bedingung erworben hatte. Hatte hingegen der Käufer, wie in dem gegenwärtigen Falle, ein unwiederrufliches Eigenthum erworben, welches wider seinen Willen nicht von dem revocirt werden konnte, von welchem es auf ihn war übertragen worden, so bleibt das auf der Sache einem Dritten ertheilte Pfandrecht gültig [94]). Es kann jedoch der Verkäufer von dem Käufer mit Recht verlangen, daß er die Sache von der Pfandbeschwerde befreye. Deswegen bleibt ihm der Käufer auch noch nach der Zurückgabe mit der actio venditi verpflichtet, und er kann deshalb von ihm Cautionsleistung fordern [95]). Hat der Verkäufer das Kaufgeld noch nicht zurückgegeben, so kann er auch soviel davon zurückbehalten, als zur Bezahlung der Pfandschuld erforderlich ist [96]). Es ist hier gerade eben so, wie bey der Redhibition einer fehlerhaften Sache, von welcher **Ulpian** sagt *L. 4. pr. D. Quib. mod. pignus solv.* Si debitor, cuius res pignori obligatae erant, servum, quem emerat, redhibuerit, an desinat *Servianae* locus esse? et respondet, *magis esse, ne desinat*, nisi ex voluntate creditoris hoc factum sit. Mit ihm stimmt auch **Paulus** überein, welcher *L. 43. §. 8. D. de aedilitio Edicto* lehrt: Pignus manebit obligatum,

94) Man sehe hier vorzüglich *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. iur. civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. (*Ulmae* 1778.) §. 6.

95) *L. 21. §. 1. D. de aedilit. Edicto.*

96) Man vergleiche hier *Jo. Paul* TRUMMER Disput. de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis. *Lipsiae* 1741. Cap. III. §. 29—31.

gatum, etiamsi redhibitus fuerit servus: quemadmodum si eum alienasset. Diesem ist auch nicht entgegen, was eben dieser **Paulus** an einem andern Orte sagt *L.* 60. *D. eodem:* Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emtio neque venditio intercessit. Denn dieser Ausspruch bezieht sich blos darauf, daß nach erfolgter Aufhebung des Contracts beyde Theile sich das Empfangene restituiren müssen, mit allem, was dazu gehört, eben so, als wenn kein Kauf wäre geschlossen worden, ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, wie **Ulpian** sich hierüber *L.* 23. §. 1. *D. eodem* erklärt, quam haberet, si emtio facta non esset. Hiermit fällt nun auch der von **Johann Voet**[97]) gemachte Unterschied, ob der Verkäufer, oder der Käufer der verletzte Theil sey, und deswegen aus der L. 2. C. h. t. auf Rescission des Contracts klage, als an sich ungegründet, hinweg. Er behauptet, daß in dem ersten Falle die Sache dem Verkäufer frey und ohne alle Beschwerung zurückgegeben werden müsse, weil hier die Aufhebung des Contracts nicht von dem freyen Willen des Käufers abhange, sondern derselbe vielmehr von dem Verkäufer durch seine Klage genöthiget werde, den Contract aufzugeben, wofern er nicht das Fehlende an dem Kaufschilling ergänzen wolle Wenn hingegen der Käufer selbst, welcher die Hypothek bestellet hat, wegen einer enormen Verletzung auf die Aufhebung des Contracts klage, so geschehe dieses durch eine freywilligen Entschließung desselben, und hier bleibe daher das Pfandrecht, eben so, wie bey der Redhibition einer fehler-

97) Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 6. §. 9.

lerhaften Sache, gültig, weil hier die Sache cum sua causa auf den Verkäufer übergehe. Allein daß hier der Unterschied, ob die Rescission des Contracts aus freyer Entschließung des Käufers, oder wider desselben Willen geschehe, auf die Fortdauer oder Erlöschung der Hypothek gar keinen entscheidenden Einfluß habe, ist schon von **Vinnius**[98]) und vorzüglich von **Faber**[99]) so einleuchtend erwiesen worden, daß diese Meinung gar keiner weitern Widerlegung bedarf. Ich gehe also zu dem Fall über, wenn der Gegenstand der Verletzung bey dem Käufer nicht mehr vorhanden ist. Es lassen sich hier wieder zwey Fälle gedenken.

1) Der Käufer hat die Sache an einen Dritten veräussert. Daß hier dennoch der verletzte Verkäufer von dem Käufer noch immer Entschädigung fordern könne, wenn die Veräusserung arglistig, um den Ansprüchen des Verkäufers auszuweichen, und diese dadurch zu vernichten, geschahe, leidet keinen Zweifel. Denn die Regel dolus pro possessione est[100]), findet auch bey persönlichen Klagen Statt. Aber streitiger ist es, ob die Entschädigungs-Forderung des Verkäufers auch in dem Falle begründet sey, wenn die Veräusserung in gutem Glauben geschahe? **Peter von Toullieu**[1]) läugnet dieß schlechterdings,

98) Select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 5.

99) De errorib. Pragmaticor. Decad. XXIII. Err. 2.

100) *L. 131. D. de div. reg. iur.* S. den 6 Th. dieses Commentars und dessen 1. Abth. §. 474. S. 62.

1) Diss. de usu remedii L. 2. Cod. de resc. vend. re alienata vel extincta; in Eius *Collectan. iur. civ.* Diss. XII. §. 10. pag. 338. sqq.

dings, weil der Käufer nun die Sache nicht mehr restituiren könne, zu deren Veräußerung er als Eigenthümer berechtiget war. Die Behauptung des Gegentheils würde auch für die Sicherheit des Handels und Gewißheit des Eigenthums nachtheilige Folgen haben. Dahingegen behaupten andere [2]), der Verkäufer könne wenigstens immer noch auf Ergänzung des wahren Werths klagen. Denn der Käufer, auch abgesehen davon, daß er durch sein eigenes Factum das Vermögen zur Restitution der Sache verlohren habe, sey alternativ zur Ergänzung des wahren Werths, oder zur Restitution der Sache verbunden. Es trete also hier die Regel ein, die bey alternativen Verbindlichkeiten gilt, daß wenn auch dem Schuldner das Eine zu leisten unmöglich geworden, er dennoch zur Leistung des Andern verbunden bleibe. Heinrich von Cocceji [3]) verwirft zwar diesen Grund mit Recht, welchen auch Toullieu [4]) sehr ausführlich widerlegt hat, stimmt aber doch jener Meinung aus dem Grunde bey, ne suo facto, etsi alia nulla eius culpa sit, alii noceat, welches die Gesetze [5]) nicht erlaubten. Ja er geht noch weiter. Er glaubt ohne Bedenken behaupten zu können, daß der Richter, durch die Aufhebung des Contracts, auch die Veräuße-

2) PINELUS Comm. ad L. 2. P. II. Cap. 1. nr. 29. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26 WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 131. nr 5. sqq. u. a. m.

3) Diss. de electione rei conventi ex enormi laesione. *Trajecti ad Rhen.* 1689. Sect. II. §. 9.

4) Cit. Diss. §. 14. sqq. pag. 339. sqq.

5) *L.* 155. *D. de div. reg. iur. L.* 25. §. 2. *in fin. D. ad SCtum Trebell.*

äußerung rescindiren, und hierdurch dem Verkäufer das Eigenthum, und mit demselben auch zugleich die Reivindication gegen den dritten Besitzer wieder herstellen könne, eben so, als wenn gar keine Veräußerung geschehen wäre. Denn so sey es auch bey den prätorischen Restitutionen. Eben diese Meinung hat auch Samuel von Cocceji [6]) zu der seinigen gemacht. Allein selbst prätorische Restitutionen haben nicht immer die Wirkung, daß dadurch Geschäfte rescindirt werden, welche mit einem Dritten geschlossen worden sind [7]); um wie viel weniger kann eine so folgenreiche Wirkung einem blos aus dem Grunde der Billigkeit zugelassenen Rechtsmittel beygelegt werden, welche das Gesetz durchaus nicht kennt [8]). Ueberhaupt fällt alle Restitution weg, wo Niemand vorhanden ist, der sich entweder gegen die Billigkeit mit dem Schaden des Andern, dem keine Schuld zur Last fällt, zu bereichern sucht, oder sich einer Arglist oder Ungerechtigkeit schuldig gemacht hat, welche nach Recht und Billigkeit nicht ungestraft bleiben kann [9]). Nach dieser Ansicht kann also im Falle einer geschehenen Veräußerung des Objects der Verletzung nur dann eine Entschädigungsforderung Statt finden, wenn sich der Käufer entweder dadurch arglistig des Besitzes der Sache zu entäußern suchte, um die Ansprüche des Verkäufers zu vereiteln, oder durch die Veräußerung wirklich bereichert worden ist [10]).

2) Wie

6) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

7) S. meine Opuscula iurid. Fasc. II. pag. 283. sqq.

8) EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. p. pag. 424.

9) S. meine Opuscula a. a. O. pag. 291.

10) *L.* 14. *L.* 26. §. 12. *L.* 65. §. 8. *D. de condict. indeb.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 19. *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iur. civ. Diss. XII. §. 20.

2) Wie wenn aber die Sache bey dem Käufer durch Zufall zu Grunde oder verloren gegangen seyn sollte? Hier lassen sich zwey Fälle gedenken. a) Der Verkäufer ist der verletzte Theil. Dann fällt aller Anspruch weg, wenn die Sache ohne Arglist des Käufers verloren, oder untergegangen ist [11]). Denn der Verkäufer kann nur Aufhebung des Geschäfts verlangen. Der Käufer ist also nur zur Restitution der Sache verbunden. Von dieser Verbindlichkeit wird er aber durch den Untergang der Sache befreyet [12]). Der Verkäufer kann daher nun auch nicht einmal mehr Ergänzung des wahren Werths fordern. Denn deshalb findet keine besondere Klage Statt. Supplementum enim pretii non est in actione, sed solutione, quae e lege tribuitur. Es gilt also hier, was **Ulpian** *L.* 6. §. 1. *D. de re iudic.* von einer gleichartigen Klage sagt: At iudicium *solius noxae deditionis* nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, et ideo iudicati in decem agitur. His

 enim

11) S. *Henr.* COCCEJI Diss. de electione rei conventi ex enormi laesione. Sect. II. §. 8. *Pet. de* TOULLIEU cit. Diss. de usu remedii L. 2. Cod. de resc. vend. re alienata vel extincta. §. 21—23. in *Collectan.* pag. 246. sqq. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. h. t. verb. *Ait Lex vel si emtor elegerit.* pag. 319. *Hug.* DONELLUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 14. in fin. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 19. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 90. *Steph. Sigism.* WLOEMEN Disp. de laesione ultra dimidium peremta re ab emtore non praestanda. *Giessae* 1762. GREGEL Specim. cit. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. Cap. IV. §. 22. **Westphal** vom Kauf. §. 806.

12) *L.* 23. *L.* 33. *L.* 37. *D. de verb. obligat.*

enim solis condemnatur. *Noxae deditio in solutione est, quae e Lege tribuitur.* Ist es aber der freyen Wahl und Willkühr des Beklagten zu überlassen, ob er durch Ergänzung des wahren Werths die Rescission des Geschäfts abwenden wolle; so folgt hieraus, daß wenn die Klage auf Rescission durch den Untergang der Sache erloschen ist, auch keine Ergänzung des Werths weiter gefordert werden könne [13]). Der Verkäufer muß sich nun also mit dem Preise begnügen, den er von dem Käufer für die Sache erhalten hat. Hierzu kommt noch, daß der Käufer, wenn die Sache zu Grunde gegangen ist, auch nicht für bereichert gehalten werden kann. Beyde Theile leiden hier Schaden. In einem solchen Falle, da beyde in gleicher Lage sich befinden, ist es der gesetzlichen Billigkeit gemäß, für denjenigen zu sprechen, welcher sich in dem Besitz dessen befindet, was ihm nach seinem Recht gebührt [14]). Nam dum quaeritur de damno, et par utriusque causa sit, lehrt Paulus *L.* 91. §. 3. *D. de Verbor. oblig.* quare non potentior sit, qui teneat, quam qui persequitur? So einleuchtend dieses Alles ist, so sind dennoch viele Rechtsgelehrten anderer Meinung. Einige [15]) glauben, daß alles darauf ankomme, ob

13) Arg. *L.* 39. §. *fin.* *L.* 42. §. 1. *L.* 26. §. 4. *D. de noxal. act.* *L.* 12. §. 1. *D. de iure dot.*

14) *L.* 13. *D. de doli mali et met. except.* *L.* 154. *D. de div. reg. iur.* *L.* 9. §. 4. *D. de public. in rem act.* *L.* 15. *Cod. de rei vind.* *L.* 4. §. 2. *L.* 8. *D. de condict. ob turp. caus.* *L.* 12. *D. de donat.* *L.* 11. §. 6. *D. de minorib.*

15) PINELUS Comm. cit. P. II. Cap. I. nr. 36. et 37. und die von diesem angeführten Bartolus, Baldus, Azo, Covar-

ob der Käufer an dem Untergange der Sache Schuld sey, oder nicht. In dem ersten Falle soll der Käufer für Entschädigung des Verkäufers haften. Culpa enim et mora perpetuat obligationem [16]). In dem letztern hingegen sprechen sie ihn frey. Allein dem Käufer kann nicht eher ein Verzug zur Last gelegt werden, als nachdem ihn die Verkäufer belangt hat. Ist also die Sache schon vorher, zwar durch die Schuld des Käufers, aber doch ohne Arglist desselben, untergegangen, so ist derselbe für eine solche Culpa nicht verantwortlich. Denn er war unbeschränkter Eigenthümer der Sache. Es findet also hier der Ausspruch des **Ulpian** Statt, welcher *L. 25. §. 11. D. de heredit. petit.* von den bonae fidei possessoribus sagt: Si quid dilapidaverunt, perdiderunt, *dum re sua se abuti putant*, non praestabunt. Ja einige [17]) gehen soweit, daß sie sogar auch in dem letzten Falle, wenn die Sache durch bloßen Zufall, ohne alle Schuld des Käufers, zu Grunde gegangen ist, dem Verkäufer noch die Rechtswohlthat der L. 2. Cod. h. t. wollen angedeihen lassen. Allein auch diese haben Unrecht. Sie sagen, nach den Worten der L. 2. könne freylich der Verkäufer wegen einer enormen Verletzung nur auf die Aufhebung des Kaufs, und nicht auf die Ergänzung des wahren Werths klagen; allein die Kaiser

varruvias, Gomez u. a. m. Auch RICHTER Decis. P. II. Decis. 99. nr. 108. sq.

16) *L.* 23. *L.* 82. §. 1. *L.* 91. §. 3. *D.* de *Verb. obligat.*

17) *Ant.* MERENDA Controv. iuris Lib. I. cap. 44. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. et 28. TITIUS Iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. cap. 20. §. 32. u. a.

ser setzten in ihrem Rescript den Fall voraus, daß die verkaufte Sache bey dem Käufer noch vorhanden sey. Man könne daher nicht behaupten, daß ihre Verordnung auch Statt finden müsse, wenn die Sache nicht mehr existire. Denn die Verbindlichkeit des Käufers hänge nicht von der Existenz der gekauften Sache ab, sondern sie sey in der Natur des Contracts gegründet, weil anzunehmen sey, daß sich die Contrahenten darüber stillschweigend vereiniget hätten, daß der Käufer, bey einer erweislichen enormen Verletzung des Verkäufers, zur Ergänzung des wahren Werths oder zur Restitution der Sache verbunden seyn solle. Der Verkäufer verliere also durch den Untergang der Sache die ihm gegen den Käufer zustehende Klage eben so wenig, als man behaupten könne, daß ein Schuldner, welcher alternativ entweder Dieses oder Jenes zu leisten verbunden ist, von seiner Verbindlichkeit dadurch befreyet werde, wenn eine von beyden Gegenständen zu Grunde geht. Man fügt endlich auch noch den Grund hinzu, kann der Verkäufer gegen den Käufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagen, wenn gleich die Sache noch vor der Uebergabe durch Zufall zu Grunde gegangen ist, warum sollte er nicht auch noch nach der Uebergabe auf Ergänzung des wahren Werths der Sache klagen können, wenn er eine enorme Verletzung erweislich erlitten hat, da es ja gleichviel sey, ob man den Werth seiner Sache vermöge Vertrags, oder vermöge gesetzlicher Auctorität fordert. Allein das ganze Raisonnement geht hier von dem falschen Grundsatz aus, daß die Verbindlichkeit des Beklagten, im Falle einer vorhandenen enormen Verletzung des Klägers, eine alternative sey, welches aber schon an einem andern Orte [18]) widerlegt worden ist. Der Grund,

18) S. §. 1029. S. 73. f.

Grund, der Käufer müsse die Gefahr tragen, kann hier nichts entscheiden. Der Käufer war allerdings wahrer Eigenthümer der Sache, und leidet, als solcher, durch den Untergang derselben den Schaden insofern ohne Zweifel, daß er von Niemanden deshalb Ersatz fordern kann. Allein eine andere Frage ist, ob der Verkäufer gegen ihn auf die Ergänzung des Werths klagen könne? und dieß ist schlechterdings zu verneinen. Denn wird der Käufer nach der Regel: res perit ei, cui debetur, durch den Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit frey, dieselbe dem Verkäufer zu restituiren, so kann ein weiterer Anspruch an den Käufer darum nicht mehr Statt finden, weil die Ergänzung des wahren Werths dem Käufer blos dazu vom Gesetz nachgelassen ist, um die Rescission des Contracts dadurch abzuwenden.

b) Wenn hingegen der Käufer der verletzte Theil ist, so kann derselbe zwar auch eigentlich nicht auf Rescission des Contracts klagen, weil er die Sache nicht mehr herausgeben kann, wenn sie bey ihm zu Grunde gegangen ist. Allein da doch der Verkäufer das ungerechte Kaufgeld noch besitzt, und daher mit dem Schaden des Käufers bereichert ist [19]) so kann er immer noch Schadensersatz fordern. Denn insofern der Käufer aus Unwissenheit mehr, als den doppelten Werth, für die Sache bezahlt hat, ist eine wahre Solutio indebiti vorhanden, er kann daher wenigstens darauf klagen, daß ihm der Verkäufer zurückgebe, was dieser über den wahren Werth erhalten hat.

19) Pretium enim, quod semel in corpus patrimonii venditoris abiit, quantitas est, quae non perire censetur. *L. 11. Cod. Si cert. petat.*

hat. Denn in Ansehung dieses Ueberschusses ist der Verkäufer bereichert, wenn er auch die Sache nicht zurückerhält, wofern nur dem Käufer kein Dolus zur Last fällt. Nam hoc natura aequum est, sagt **Pomponius** *L.* 14. *D. de condict. indebiti*, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. Der Verkäufer kann zufrieden seyn, daß er doch noch den wahren Werth der Sache behält [20].

§. 1032.

Ausdehnung der L. 2. Cod. de resc. vendit. auf andere Geschäfte.

Man wendet das Rechtsmittel wegen einer Verletzung über die Hälfte in der Praxis auch bey andern zweyseitigen Geschäften an, welche eine Gleichheit wechselseitiger Prästationen erfordern, es mag dadurch das Eigenthum, oder es mögen andere Rechte übertragen werden [21]. In

20) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 19. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 30. *Henr.* COCCEJI Disp. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. Th. 13. et Disp. de electione rei conventi ex enormi laesione. §. 13. *Pet. de* TOULLIEU cit. diss. §. 28. in Collectan. iur. civ. pag. 350. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXIII. Th. 90. Westphal vom Kauf §. 809. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 200.

21) *Iac.* CUJACIUS Recitat. Solemn. in Cod. ad L. 2. h. t. et Observat. Lib. XVI. c. 28. PINELUS cit. Comment. P. I. Cap. 3. nr. 1. sqq. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. *Ant.* MERENDA Controv. iur. Lib. I. cap. 34. sqq. *Henr.* COCCEJI Disp. de remedio L. 2. C. h. t. Th. 15. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39. sqq. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 181. in *Sup-*

In der Theorie wird zwar darüber gestritten, ob eine solche Ausdehnung der Absicht des Gesetzes entspreche? Viele wollen dieses läugnen, und zwar aus mancherley Gründen. Einige [22]) sagen, die *L.* 2. *C. h. t.* sey ein neues correctorisches Gesetz, und lasse daher auch wegen Gleichheit des Grundes keine Ausdehnung zu. Andere [23]) hingegen halten die ganze Verordnung für eine abgeschmackte, dem Naturrechte widerstreitende Vorschrift, die keinen vernünftigen Grund habe. Zwar sey nicht zu läugnen, daß dem allgemeinen Verkehr die Idee einer durchgängigen Gleichheit, als letzter Zweck zu Grunde liege. Aber ihr stehe die Idee der Freyheit zur Seite, auf deren Kosten keine Gleichheit befördert werden dürfe. Ueberhaupt laufe die Querela laesionis enormis ganz gegen den katego-

Supplem. nov. pag. 168. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bedenken 119. MEVIUS P. II. Decis. 148. nr. 5. DARIES Diss. de interpretat. et extensione L. 2. C. de resc. vend. §. 9. — §. 17. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 16. HANNESEN Diss. de immodica laesione §. 11—13. *Ge. Lud.* BOEHMER Electa iur. civ. Tom. I. Exerc. IX. §. 19. pag 279. Westphal vom Kauf. §. 813. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 197.

22) *Ant.* FABER de errorib. Pragmat. Dec. VIII. Err. 8. *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 3. *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Libros VI. ad L. 23. D. Locati. pag. 483. sqq. Höpfner theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 870. Not. 5.

23) Weber's syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 41. S. 116. Zirklers Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. S. 83. folg.

tegorischen Imperativ der Verträge. Allein, dieser Gründe ungeachtet, läßt sich nicht wohl annehmen, daß die bemerkte Ausdehnung der Absicht des Gesetzes widerstreite, und man wendet sie daher mit Recht beym Tausch, Pacht, und andern onerösen Geschäften an, bey denen auf Billigkeit und Gleichheit gesehen wird. Gesetzt die Verordnung der Kaiser **Diocletian** und **Maximian** wäre wirklich als ein ganz neues correctorisches Gesetz anzusehen, so folgt deswegen noch nicht, daß die Ausdehnung desselben zu verwerfen sey. Denn paßt der Grund einer correctorischen Verordnung auf Fälle, welche in dem ältern unverändert gelassenen Rechte nicht entschieden sind, so steht der Ausdehnung derselben nichts entgegen [24]. Allein man erwäge, daß die Kaiser in der *L. 2. Cod. h. t.* nicht blos gesetzgebend verfahren, indem sie die vorher noch unbestimmt und blos dem richterlichen Ermessen überlassen gewesene Größe der Verletzung im Preise, wegen welcher ein Kauf soll rescindirt werden können, für immer festsetzen, sondern auch richtend, indem sie eine an sich schon als Gesetz geltende Rechtsregel hier auf den ihnen vorgetragenen besondern Fall durch bloßes Urtheil anwenden. Sie mißbilligen nämlich eine Verletzung über die Hälfte beym Kaufe darum, weil sie der Billigkeit zuwiderläuft. Dieser Grund der Billigkeit ist schon in dem ältern Recht als Gesetz anerkannt, und zwar nicht blos beym Kauf, sondern bey allen zweyseitigen Geschäften, wo es auf eine Gleichheit wechselseitiger Prästatio-

24) S. **Thibaut** Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 20. S. 95. der zweyten vermehrten Ausgabe. (Altona 1806.)

stationen ankommt. Daher sagt schon **Paulus** *L. 79. D. Pro socio*, manifesta iniquitas corrigi potest per iudicium bonae fidei; und die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** stellen an einem andern Ort, *L. 3. Cod. Communia utriusque iudicii* diese Rechtsregel als Entscheidungsgrund, auf, wenn sie im Allgemeinen sagen: quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur; sie zeigen also nur die Anwendung derselben auf die ihnen vorgelegten Fälle. Schließt nun der Richter, welchem es zur Pflicht gemacht ist, dasjenige, was die Gesetze unentschieden gelassen haben, entweder mittelst der Interpretation oder der Jurisdiction zu ergänzen [25], aus diesem Entscheidungsgrunde weiter fort, so ist ein solcher Schluß nicht sowohl Ausdehnung, als vielmehr blos consequente Anwendung des Gesetzes [26]. Man setzt uns nun zwar den Ausspruch des **Hermogenian** entgegen, welcher *L. 23. D. Locati* sagt: Praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest; und da **Hermogenian** erst nach **Diocletian** und **Maximian** lebte, so würde er es gewiß, sagt man, nicht blos bey der Ausnahme, welche er in Ansehung des Dolus macht, haben bewenden lassen, sondern auch der enormen Verletzung gedacht haben, wenn die Verordnung der *L. 2. C. h. t.* eine solche Ausdehnung erlaubt hätte. Allein man erinnere sich, daß der Kaiser Con-

25) *L. 12. et 13. D. de Legib. SCtis. etc.*

26) S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 16.

Constantin I. unter welchem Hermogenian lebte [27]), die Anwendung der *L. 2. Cod. de resc. vendit.* durch die *L. 1. Cod. Th. de contrah. emt.* verboten hatte. Der Ausspruch des Hermogenian war also ganz diesem Rechte gemäß. Dennoch konnte ihn auch Justinian beybehalten. Denn in der Verbindung, in welche derselbe mit der vorhergehenden *L. 22. D. Locati* gesetzt ist, hat er nun den ganz richtigen Sinn, daß der Verpächter nicht befugt sey, unter dem Vorwande, daß das Pachtgeld zu gering sey, von dem Pacht abzugehen; welches denn aber freylich nunmehr, vermöge der von Justinian wieder hergestellten Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, eine Verletzung über die Hälfte nicht ausschließt. Nur bey einem Vergleiche fallen diese Grundsätze insofern weg, als derselbe, nach seiner besondern Natur, des Irrthums wegen nicht angefochten werden kann [28]). Dahin gehört 1) wenn der Werth der Sache gerade das ist, was, als Ungewiß, zu dem Vergleiche die Veranlassung gab, und 2) wenn schlechthin über einen ungewissen Gegenstand transigirt worden, dessen Werth beyde Contrahenten nicht als gewiß voraussetzten [29]). Sollte hingegen 3) die Ungewißheit des Gegenstandes, welche den Vergleich veranlaßte, auf den Werth desselben gar keinen entscheidenden Einfluß haben, weil beyde Theile diesen, so wie er angegeben worden, als gewiß und ausgemacht voraussetzten; so ist der Anwen-

27) S. *Ios.* FINESTRES Comment. in Hermogenian. Diss. praelim. §. 5. pag. 3. sqq.

28) S. den 5. Theil dieses Commentars §. 348.

29) S. den 5. Th. dieses Commentars. §. 356. S. 89.

wendung der *L. 2. C. de resc. vend.* auch bey einem geschlossenen Vergleiche nichts entgegen zu setzen, weil hier der Natur desselben nicht entgegen ist, die allgemeinen Grundsätze vom Irrthum bey Verträgen auf denselben anzuwenden [30]). Theilungen hingegen haben das Eigene, daß sie angefochten werden können, wenn gleich die Verletzung nicht unmäßig ist [31]).

30) S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 11. Abhandl. S. 249. ff.

31) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 734. S. 103. ff. und *Henr.* COCCEJI Disp. de remedio L. 2. Cod. de resc. vendit. Th. 15.

Lib.

Lib. XVIII. Tit. VI.

De periculo et commodo rei venditae.

§. 1033.

Begriffe. Warum geht nach abgeschlossenem Kaufe schon vor der Uebergabe die Gefahr auf den Käufer über?

Es kommt hier auf zwey Fragen an: I) wenn geht die Gefahr der Sache auf den Käufer über? II) Von welcher Zeit an genießt der Käufer die Vortheile, und trägt die Lasten? [32]) Soviel die erste Frage anbetrifft, so ist vorläufig zu bemerken, daß das Wort periculum', welches die Gesetze hier gebrauchen, so wie das deutsche Wort

32) *Io.* MOORMANN Diss. de periculo et commodo rei venditae. *Lugd. Bat.* 1717. *Christ. Henr.* DREWER Aequitas Legum Rom. circa periculum rei venditae. *Lipsiae* 1727. *Gottfr. Weigh.* RING Diss. de periculo rei venditae, occasione L. 11. pr. D. de Evict. *Francof. ad Viadr.* 1736. *Franc.* ALEF Diss. de eo, quod iustum est circa periculum et commodum rei venditae. *Heidelbergae* 1742. in *Eius* Diebus academicis s. Opuscul. (*Heidelb.* 1753. 4) Dissert. XVI. pag. 483. sqq. Reinhards Sammlung jurist. phil. und kritischer Aufsätze 1. Band. 3. St. Nr. III. S. 164. ff. Westphal vom Kauf §. 577 — 604. *Gottl.* WERNSDORF Diss. de periculo et commodo praedii venditi ante resignationem iudicialem. *Wittebergae* 1773.

Wort Gefahr in zweyerley Bedeutung genommen wird. Im allgemeinen Sinn bezeichnet dieser Ausdruck jeden Schaden, den eine Sache leidet, es sey durch Zufall, oder durch die Schuld eines Menschen [33]. Daher kommen die Redensarten in den Gesetzen vor: *periculum custodiae subire* [34], *periculo culpae subiici* [35], *periculo contumaciae vel negligentiae adstringi* [36], *periculo obligari propter culpam vel segnitiem* [37]. In der eigentlichen hierher gehörigen Bedeutung aber wird darunter nur ein rein zufälliger Schaden verstanden [38]; damnum fatale, vis magna, wie **Cajus** [39] sagt. Besteht nun dieser Schade in der gänzlichen Vernichtung oder Verlust der Sache, so nennt man eine solche Gefahr periculum interitus; ist aber durch den Zufall nur die Qualität der Sache verdorben, oder verschlechtert worden, so heißt die Gefahr periculum deteriorationis [40]. Es ist nun ein Grundsatz des Civil-

33) *L. 4. pr. D. Nautae, caupones, stabular. L. 25. D. pro Socio. L. 4. pr. D. h. t.* S. *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. 24. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 51.)

34) *L. 40. D. Locati.*

35) *L. 39. §. 12. D. de administrat. tutor.*

36) *L. 40. D. eodem.*

37) *L. 1. et 3. Cod. de periculo tutor.*

38) *L. 1. pr. et §. 1. L. 8. L. 12. L. 14. pr. L. 16. D. h. t. L. 9. §. ult. D. de reb. credit. §. 3. I. de emt. et vendit. L. 1. Cod. de commodato.*

39) *L. 2. §. 1. D. h. t. L. 52. §. 3. D. Pro socio L. 25. §. 6. et 7. D. Locati.*

40) *L. 1. pr. L. 4. pr. et §. 1. L. 8. pr. L. 14. §. 1. D. h. t. §. 3. I. de emt. et vendit.*

Civilrechts, daß die Gefahr sowohl des Untergangs als der Deterioration der verkauften Sache auf den Käufer übergeht, sobald der Kauf zur Richtigkeit gekommen ist, wenn ihm auch die Sache noch nicht übergeben worden; und diese Gefahr, welche gleich nach richtig gewordenem Handel den Käufer trifft, besteht darin, daß der Verkäufer, wenn nun die Sache durch Zufall verloren oder zu Grunde geht, oder sonst verdorben wird, ohne daß demselben irgend ein verantwortliches Versehen dabey zur Last fällt, hierdurch von aller Verbindlichkeit befreyet wird, ohne irgend einen Ersatz leisten zu dürfen; der Käufer hingegen seiner Seits schuldig bleibt, das Kaufgeld zu bezahlen, nicht anders, als wenn die Uebergabe geschehen wäre, und deshalb actione venditi belangt werden kann. So belehren uns die Institutionen des Kaisers **Justinian.**

§. 3. *J. de emt. et vendit.* Quum autem emtio et venditio contracta sit, (quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur) *periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit.* Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit; aut aedes totae vel aliqua ex parte incendio consumtae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit: *emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere.* Quidquid enim *sine dolo et culpa venditoris* accidit, *in eo venditor securus est.*

Eben

Eben so belehren uns die Fragmente der Römischen Rechtsgelehrten in den Pandecten. So sagt

1) **Julian** *L. 5. §. 2. D. de rescind. vend.* Mortuo autem homine, perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset: *utpote cum venditor liberetur, et emtori homo pereat:* quare, nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex emto et vendito manebunt.

2) **Paulus** *L. 34. §. 6. D. de contrah. emt.* Si emtio ita facta fuerit, *est mihi emtus Stichus aut Pamphilus*, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus: sed uno mortuo, qui superest', dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, *pretium debebitur:* unus enim utique *periculo emtoris* vixit.

3) Ebenderselbe *L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend.* Nam perfecta emtione periculum ad *emtorem* respiciet.

4) **Pomponius** in Verbindung mit **Ulpian** *L. 14. et 15. D. de iure dot.* **Ulpian** sagt nämlich: Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione, in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto. Nun fährt **Pomponius** fort: Quodsi per eam non stetisset, *perinde pretium aufert, ac si tradidisset:* quia quod evenit, *emtoris periculo est.*

Ganz diesem Grundsatz gemäß rescribiren endlich auch die Römischen Kaiser im Justinianeischen Codex. So

1) **Gordian** *L. 4. Cod. h. t.* Cum inter emtorem et venditorem, contractu sine scriptis inito,

de pretio convenit, moraque venditoris in traditione non intercessit: *periculo emtoris rem distractam esse*, in dubium non venit.

2) **Diocletian und Maximian** *L. 5. C. eodem.* Cum speciem venditam per violentiam ignis absumtam dicas: si venditionem nulla conditio suspenderat, *amissae rei periculum* te non adstringit.

3) Dieselben Kaiser *L. ult. Cod. eodem.* Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam, non ad venditorem, *sed ad emtorem pertinet:* et hac non ex praeterito vitio rebus humanis exemta, *solutionem pretii emtor non recte recusat.*

Es ist indessen nicht zu läugnen, daß jener Grundsatz ganz von der Regel abweicht, die sonst bey Bilateral-Contracten gilt, nach welcher kein Theil gegen den andern auf Erfüllung klagen kann, der nicht dem Contract seiner Seits ein Genüge geleistet hat. Nach dieser Regel würde daher dem Verkäufer, der, ohne die Sache tradirt zu haben, auf die Bezahlung des Kaufgelds klagt, eigentlich die exceptio non adimpleti contractus entgegen stehen. Daß die Sache ohne seine Schuld zu Grunde gegangen ist, giebt ihm an sich noch kein Recht, auf die Erfüllung zu klagen. Denn daraus folgt weiter nichts, als daß der Verkäufer nicht auf das Interesse belangt werden kann, wenn die Sache durch einen bloßen Zufall verloren geht, aber keinesweges läßt sich hieraus erklären, warum der Käufer dennoch das Kaufgeld bezahlen müsse, wenn ihm auch die Sache nicht übergeben worden ist. Man sieht hieraus, wie unbefriedigend, ja wie unrichtig es sey,

wenn

wenn man gewöhnlich diese von der Regel so sehr abweichende Verordnung des Römischen Rechts aus dem Grundsatz zu erklären sucht, daß der Verkäufer gleich von dem Augenblick an, da der Kauf abgeschlossen ist, als ein debitor speciei anzusehen sey, ein solcher aber durch den Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit befreyet werde [41]). Es muß also wohl einen andern Rechtsgrund haben. Viele [42]) setzen nun denselben darin, daß der Verkäufer gleich nach abgeschlossenem Kaufe rechtlich gegründete Intention habe, auf die Annahme der Sache zu dringen, folglich der Käufer, wenn er nicht sogleich das Kaufgeld bezahlt, und die Sache an sich nimmt, sich in mora befinde, deren Folgen nicht dem Verkäufer, sondern nur dem Käufer zum Nachtheil gereichen können. Sua enim cuique, non alteri nocet mora [43]). Allein selbst aus dem Grunde einer mora läßt sich jene besondere Ausnahme nicht wohl erklären, weil diese mora eine von dem Verkäufer an den Käufer geschehene Interpella-

41) S. *Ger.* NOODT Comm ad Dig. h. t. Princ. pag 412. *Guil* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de div. reg. iur. Cap. XVII § 10. (in *Thes. Meerman.* Tom III pag 518.) *Io. Gottl.* HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. P. III. §. 302 *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 4. u. a. m.

42) *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iur. civ. Diss XII. §. 27. pag. 349. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 2. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 214. nr. 12. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu 2. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. III. §. 552. pag. 464 u. a m.

43) *L.* 173. §. 1. *D. de div. reg. iur.*

pellation, d. h. Aufforderung zur Annahme der verkauften Sache, voraussetzen würde, wenn sie rechtlich denkbar seyn sollte[44]); es würde folglich der Verkäufer wenigstens bis dahin die Gefahr der Sache behalten, wovon aber doch die Gesetze kein Wort sagen[45]). Der Käufer könnte zwar auch durch Anbietung des Kaufgeldes den Verkäufer in mora tradendi versetzen, allein deswegen macht er sich doch selbst durch Unterlassung derselben keiner solchen Verzögerung schuldig, welche die Gefahr der Sache auf ihn bringt. Denn nur widerrechtliche Unterlassung der Zahlung versetzt den Käufer, als Schuldner, in mora solvendi. Nun setze man, das Kaufgeld sey dem Käufer creditirt; und ist es nicht geborgt, so datirt ja das Gesetz die Zahlungszeit erst von dem Moment der geschehenen Uebergabe, wie schon oben vorgekommen ist. Es läßt sich aber noch eine andere ratio legis auffinden. Die römischen Juristen haben die Lehre von der Gefahr der verkauften Sache im Zusammenhange mit der Pflicht des Verkäufers zur Custodia vorgetragen. Man vergleiche nur die *LL.* 1. 2. *et* 4. *D. h. t.* Aus diesem Zusammenhange entwickelt sich, wie Zirkler[46]) nach meinem Gefühl ganz richtig zeigt, der wahre Rechtsgrund sehr natürlich, warum der Käufer die Gefahr der Sache trägt. Dieser ist **Billigkeit**. Denn weil die Gesetze den Verkäufer,

44) S. **Schöman's** Fragmente aus seinen civilist. und criminalistischen Vorlesungen (Jena 1814) §. 13.

45) Man sehe EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. b.

46) Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. S. 128.

käufer, als einen debitor speciei, von Zeit des geschlossenen Kaufs an, zur custodia plena verpflichten, und ihn für das geringste Versehen verantwortlich machen, wenn die Sache durch seine Schuld zu Grunde oder verloren geht; so halten sie es dagegen auch für billig, daß der Käufer, welcher von Zeit des geschlossenen Kaufs an die Sache nun schon so gut, als die seinige, ansehen kann [47]), und deshalb auch von diesem Augenblick an alle Vortheile zieht, den Zufall trage. Diese Ansicht scheint mir weit consequenter zu seyn, als wenn **Franz Alef** [48]) den Grund aus der Nothwendigkeit des Kaufcontracts ableiten will. Seine Idee ist, der Kaufcontract werde im gemeinen Leben am häufigsten geschlossen, und sey so nothwendig, daß ohne dessen Hülfe das gemeine Wesen auch keine Stunde bestehen könnte. Man mußte ihn also auch gewiß und fest zu machen suchen, weil sonst die Sicherheit der Bürger, welche durch diesen Contract ihren Bedürfnissen abzuhelfen suchen, und hiemit auch die Wohlfarth des Staats gewankt hätte. Man habe daher verordnen müssen, daß die Gefahr gleich nach geschlossenem Kaufe auf den Käufer übergehe. Der Grund sey indessen, welcher er wolle, so sind die oben angeführten Gesetze klar. Dennoch sind über den Grundsatz selbst die Rechtsgelehrten noch nicht ganz einverstanden, weil sich einige Gesetzstellen in den Pandecten finden, welche jenen zu widersprechen scheinen. Diese Stellen hat der große **Cujaz** für so überwiegend gehal-

47) *L.* 143. *D. de Verb. Signif.* Id apud se quis *habere* videtur, de quo habet actionem: *habetur* enim, quod peti potest.

48) Diss. cit. §. 13. in *Dieb. acad.* pag 491.

gehalten, daß sie ihn bestimmt haben, gerade das Gegentheil der gemeinen Lehre zur Regel zu machen. **Cujacius** [49]) behauptet nämlich, daß vor der Uebergabe der Sache die Gefahr nicht auf den Käufer übergehe, oder wenigstens nur in sofern, daß er, wenn die Sache zu Grunde geht, kein Interesse von dem Verkäufer fordern könne, allein das Kaufgeld brauche er nicht zu bezahlen, und ist es schon bezahlt, so könne es zurückgefordert werden. Es sind besonders folgende Gesetzstellen in den Pandecten, welche diese Meinung des **Cujacius** zu begünstigen scheinen.

1) *L.* 33. *D. Locati.* Hier sagt **Afrikan**: Si vendideris mihi fundum, isque prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, teneris ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi.

2) *L.* 12. *et* 14. *D. h. t.* Lectos emtos Aedilis, cum in via publica positi essent, concidit. *Si traditi essent emtori*, aut per eum stetisset, quominus traderentur, *emtoris periculum esse* placet. Quodsi neque traditi essent, neque emtor in mora fuisset, quo minus traderentur, *venditoris periculum erit.* — Materia emta, si furto periisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo, respondit: si minus, venditoris.

Dem

49) Tract. VIII. ad Africanum in L. 23. D. Locati und Observation. Lib. XXIII. cap. 29.

Dem **Cujaz** sind auch **Hermann Vultejus** [50]) und **Johann Borcholten** [51]) beygetreten. Sie sagen, in den Institutionen lehre **Justinian** blos, was die Regel des strengen Rechts mit sich bringe, aber in den angeführten Stellen der Pandecten zeigten die Römischen Rechtsgelehrten, wie diese Regel nach der Billigkeit modificirt worden sey. Wie wenig jedoch diese großen Rechtslehrer mit diesem Raisonnement auslangen, beweisen die deutlichen Stellen im Codex. Es fragt sich nur, ob die angeführten Stellen wirklich das Gegentheil lehren? Die Ausleger sind nun freylich über den Sinn derselben sehr verschiedener Meinung. Es ist der Mühe werth, die mancherley Auslegungen derselben kürzlich zu prüfen. Soviel zuerst die *L. 33. D. Locati* anbetrift, so erklären sie viele [52]) von dem Falle, da der Verkäufer an der Publication der Sache selbst Schuld war, weil er sich durch ein begangenes Delict dieselbe zugezogen hatte. Allein diese Erklärung läßt sich nicht wohl annehmen. Man darf nur die *L. 33. D. locati* im Zusammenhange lesen, um sich von dem Gegentheil zu überzeugen. Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, sagt **Afrikan**, tene-

50) Commentar. in Institut. iur. civ. Lib. III. Tit. 24. nr. 71.

51) Commentar. in IV. Institut. iur. civ. libros ad §. 3. I. de contrah. emt. nr. 3. et 4.

52) *Jul.* PACIUS Analys. Institut. ad §. 3. de contrah. emt. und Εναντιοφανῶν s. Legg. conciliatar. Centur. V. Qu. 8. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Instit. Lib. III. Tit. 24. §. 10. *Arn.* VINNIUS Comment. ad §. 3. Inst. de contrah. emt. nr. 8. RING Cit. Diss. de periculo rei venditae §. 4. *Ev.* BRONCHORST Εναντιοφαν. Cent. II. Assert. 55. und *Jo.* HARPPRECHT Comm. ad §. 3. I. de contr. emt.

teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, *quamvis per te non stet, quominus id praestes:* Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum etc. — Similiter igitur et circa conductionem servandam puto, *ut mercedem, quam praestiterim, restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim: nec ultra actione ex conducto praestare cogeris.* Aus diesem Zusammenhange ergiebt sich, daß Afrikan den Satz hier ausführen will, wenn der Pächter an dem Genuß der ihm verpachteten Sache verhindert wird, z. B. durch Publication des Grundstücks; so könne zwar derselbe, wenn auch der Verpächter dabey ausser Schuld sey, (quamvis per te non stet, quo minus id praestes) doch gegen diesen mit der actio conducti klagen, aber nur auf die Zurückgabe des bereits bezahlten Pachtgeldes, nämlich von der Zeit an, da der Pächter keinen Gebrauch mehr von der Sache machen konnte, hingegen ein weiteres Interesse könne von demselben nicht gefordert werden. Den Beweis führt Afrikan auf eine doppelte Art. Erstens wenn Jemand ein Haus zu bauen verdungen hat, so haftet er dem Werkmeister wegen der bereits gethanen Arbeit dennoch, wenn auch durch einen Erdstoß das ganze Gebäude wieder eingefallen wäre. Diesen Zufall trägt der Eigenthümer. Einen andern Beweis nimmt er vom Kaufcontract her. Wenn nämlich Jemand ein Grundstück verkauft, und dieses, ehe es noch dem Käufer war übergeben worden, publicirt wird, so haftet er actione emti, nämlich in sofern, daß er dem Käufer das Kaufgeld wieder zurückgeben muß; zu einem weitern Ersatz ist er

ihm

ihm nicht verbunden. Es erhellet daraus unverkennbar, daß **Afrikan** voraussetzt, die Confiskation des Grundstücks, welches verpachtet worden, sey ohne Verschulden des Verpächters aus einer Ursache geschehen, welche der Verpächter vor der Abschließung des Contracts weder gewußt hat, noch hat wissen können. Denn sie wird einem bloßen Unglücksfalle, nämlich dem Einsturz eines Gebäudes durch eine Erderschütterung, gleichgesetzt. Was nun im Fall des Pachtcontracts anzunehmen ist, muß auch in dem zum Beweise gebrauchten Falle eines Kaufcontracts vorausgesetzt werden. Man sieht es aber noch deutlicher aus den folgenden Worten: Nam etsi colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id facias possis: *tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit, frui.* Hier kommt **Afrikan** erst auf den Fall, wenn der Pächter durch den Verpächter oder dessen Schuld an dem Gebrauch der Sache verhindert worden ist. Hier, sagt er mit Recht, müsse der Verpächter dem Pächter auch das Interesse vergüten. Andere[53]) sagen dagegen, es sey ein Unterschied zwischen der Publication eines Grundstücks, und dem Untergange der Sache. Denn in dem ersten Falle bleibe doch noch immer die Möglichkeit übrig, die Sache tradiren zu können, weil hier die Sache nicht aufhöre zu existiren. Der Verkäufer könne also die confiscirte Sache wieder auslösen; wolle er dieses nicht, so müsse er wenigstens dem Käufer das schon

53) *Guil.* BARCLAIUS Comm. ad Tit. Dig. de reb. credit. ad L. 5 (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 839.) und *Henr. a* SUERIN Repetit. Lection. iuris civ. libr. cap. 23. (in *Thes. eodem.* T. IV. pag. 52.)

schon bezahlte Kaufgeld zurückgeben. Allein, auch davon abgesehen, daß es noch erst die Frage seyn würde, ob der Verkäufer zu einer solchen Auslösung auf seine Kosten verbunden sey, wozu kein rechtlicher Grund vorhanden ist; so lehrt der ganze Zusammenhang des Gesetzes, daß diese Ansicht in dem Plan des römischen Juristen gar nicht begriffen sey. Die meisten Rechtsgelehrten [54]) sind daher der Meinung, daß die L. 33. von einer für den Fall der Publication zu machenden Ausnahme zu verstehen sey, welche ihren Grund in belli iniuria, oder in dem imperio principis, und folglich in einer solchen vis maior habe, welcher der Verkäufer keinen Widerstand leisten konnte. Hier sey es billig, daß der den Schaden allein trage, dem das Unrecht wiederfahren ist. Daher müsse der Verkäufer das ihm bereits bezahlte Kaufgeld wieder herausgeben, wenn die Publication vor der Uebergabe geschehen wäre. Er könne hingegen das Kauf-

54) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Pluribus* pag. 416. *Osius* AURELIUS Dispunction. ad *Merillium* de variant. *Cujacii* interpretat. Disp. 26. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 761.) *Jo.* D'AVEZAN libr. Contractuum II. Tr. I. de emt. et vend. §. Praeter ea. (in *Thes. Meerman.* T. IV. pag. 95.) *Jan. a* COSTA Comm. ad §. 3. I. de emt. et vend. *Ev.* OTTO Comm. ad eund. §. Inst. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. LXVII. Th. 8. *Bav.* VOORDA in *Jani a Costa* Praelect. ad illustrior. quosdam Titulos locaque selecta iur. civ. (*Lugd. Batav.* 17 3. 4.) ad L. 1. Cod. de peric. comm. rei vend. not. d. pag. 336. *Ge.* FRANTZKIUS et Comm. ad Dig. h. t. nr. 14. sqq. *Vincent.* CABOTIUS Disputat. Lib. . p. 25. (in *Th. Meerm.* T. IV. pag. 611.) u. a. m.

Kaufgeld fordern, wenn sie dem Käufer nach der Uebergabe wiederfahren wäre, nachdem derselbe schon Eigenthümer der Sache geworden war. Dieses letztere lehre die *L.* 11. *D. de eviction.* welche mit der *L.* 33. *D. Locati* zu verbinden sey. Allein auch diese Erklärung findet in dem Gesetz selbst schon ihre Widerlegung. Denn Afrikan setzt ja die Publication mit dem Einsturz eines Gebäudes durch Erdbeben in eine Classe. Was ist denn auch im Grunde für ein Unterschied, ob die Sache durch Zufall untergegangen, oder durch Publication verloren worden ist? Daß sie hier nicht aufgehört hat, in rerum natura zu existiren, kann nichts entscheiden. Hieraus läßt sich denn nun auch beurtheilen, was von der Erklärung des **Marcus Lyklama van Nyholt**[55]) zu halten sey, welcher die Publication für eine Art der Eviction hält, die von einer Gefahr oder einem blos zufälligen Schaden unterschieden werden müsse. *L.* 21. *pr. D. de evict.* Für die Entwährung müsse der Verkäufer stehen. Dieß sey eine Regel für sich. Den Unglücksfall hingegen trage der Käufer. Daß aber die Publication eines Grundstücks eine Art der Eviction sey, erhelle aus *L.* 11. *D. de evict.* Zwar sey die Publication in dem Falle der *L.* 33. noch vor der Uebergabe des Grundstücks geschehen, man könne also eigentlich nicht sagen, daß vor der Uebergabe die Sache dem Käufer entwähret worden sey. Allein der Verkäufer sey vor der Uebergabe noch Eigenthümer, also sey das Grundstück doch ihm evincirt worden. Darum müsse der Verkäufer dafür gut stehen.

55) Membranar. Lib. VI. Eccl. 8. (*Ienae* 1624. 8.) Vol. II. pag. 18. sqq.

stehen. *L.* 33. *D. de evict.* Dieser Meinung ist auch **Wilhelm Prousteau**[56]) beygetreten. Allein eine Eviction, welche nicht auf dem rechtlichen Wege, sondern durch eine öffentliche Gewalt geschieht, der man keinen Widerstand leisten konnte, ist einem Unglücksfall gleich zu achten, für welchen der Auctor nach *L.* 51. *pr. D. de evict.* nicht haften darf. Die *L.* 33. *D. eodem* spricht freylich von einer schon vor der Uebergabe erfolgten Eviction, weshalb der Verkäufer dem Käufer war zur Entschädiguug verurtheilt worden, weil er ihm die Sache nicht übergeben konnte. Allein hier war der Fall, wo Jemand die in gutem Glauben gekaufte Sache sogleich wieder an einen Andern verkaufte, und diese Sache noch vor der Uebergabe dem ersten Käufer war rechtlich abgestritten worden, ehe dieser noch die Sache dem zweyten Käufer übergeben hatte. Die Frage war hier nur, ob die stipulatio dupli von dem ersten Käufer gegen seinen Auctor noch geltend gemacht werden könne, welche in dem Gesetz mit Recht bejahend entschieden wird[57]). Sinnreicher ist die Erklärung des **Johann Voet**[58]). Er nimmt einen solchen Fall an, wo der confiscirte Fundus durch ein fideicommissum tacitum einer unfähigen Person war vermacht worden, von welcher ein Anderer dieses Grundstück in gutem Glauben gekauft, und dieser es wieder an einen Dritten verkauft hatte. Das Grundstück

56) Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XVII. §. 16. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 518.)

57) S. *Christfr.* WAECHTLER Comm. ad Tit. Dig. de evict. in *Opusc.* pag. 66.

58) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

stück zog nachher der Fiskus ein, ehe es noch dem zweyten Käufer war übergeben worden. Weil hier der Verkäufer seiner Seits ausser aller Schuld war, daß er das Grundstück dem Käufer nicht tradiren konnte; so spreche **Afrikan** zwar denselben billig von der Leistung des Interesse frey, halte ihn aber doch mit Recht für schuldig, das bereits empfangene Kaufgeld dem Käufer zurückzugeben. Denn die Sache sey hier gleichsam, als mit einem Fehler behaftet, anzusehen, weil sie, aus einem schon vor dem Contract vorhanden gewesenen Grunde, der Publication unterworffen war, nach der Analogie der actio redhibitoria ex aedilitio Edicto [59]). Es könne aber auch, sagt **Voet**, die *L. 33. D. Locati* von einem solchen fundus sehr wohl verstanden werden, welchen das Römische Volk von den Feinden erobert hatte, und der zwar noch einige Zeit dem vorigen Besitzer war gelassen, nachher aber aus Gründen einer dringenden Noth, oder des gemeinen Wohls war publicirt worden. Ein Fall, der auch in andern Stellen des römischen Gesetzbuches [60]), als nicht ungewöhnlich, erwähnt werde. Der Grund der Entscheidung sey aber immer der nämliche. Die Sache sey nämlich, als mit einer gewissen Art von Fehler behaftet, anzusehen, weil sie ad nutum Principis publicirt werden konnte. Dieser Erklärung nähert sich die des **Samuel von Cocceji** [61]). Er sagt nämlich, in der *L. 33. D. Loc.* sey nicht die Rede von einer Gefahr, die

59) *L. 1. C. de aedilit. act. iuncta L. 13. D. de act. emti.*

60) *L. 11. D. de evict. L. 15. §. 2. D. de rei vindicat. L. 16. D. de acquir. rer. dom.*

61) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

die erst nach abgeschlossenem Kaufe entstand, sondern deren Ursach schon früher vorhanden war. Denn es werde vorausgesetzt, daß der Verkäufer wegen der erfolgten Publication ausser Schuld sey. Die Ursach, warum die Sache nicht tradirt werden konnte, sey also schon zur Zeit des Contracts vorhanden gewesen, darum habe der Verkäufer das Kaufgeld billig zurückgeben müssen, wenn er auch übrigens dem Käufer zu keinem weitern Interesse verpflichtet war. Diese Erklärung nehmen auch **Emminghaus**[62]) und **Höpfner**[63]) an. Der bescheidenere Theil der Rechtsgelehrten[64]) gesteht zwar, daß **Afrikan** im Falle der Publication der verkauften Sache von der oben angegebenen Regel des Civilrechts abgewichen sey; warum aber? davon lasse sich kein befriedigender Grund angeben. Daß indessen dieser Dissensus noch eine Reliquie der zwischen den Sabinianern und Proculianern streitig gewesenen Meinungen seyn sollte, wie einige[65]) behaupten wollen, läßt sich nicht wohl annehmen, weil

62) Ad COCCEJI ius. civ. contr. h. t. Qu. 2. not. d. pag. 441.

63) Theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 872. Not. 1.

64) *Fr.* HOTOMANN Epit. Pand. de peric. et comm. rei vend. *Guil.* RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap 11. (in *Thes. Otton.* Tom. V. p. 964.) *Io. Iac.* WISSENBACH Disputat. ad Instituta Disputat. XXXV. Th. 23. POTHIER Pand. Iustin. T. I. Tit. Locati Nr. XLVIII. not. h. und Westphal vom Kaufe. ꝛc. §. 962. S. 726.

65) *Pet.* BURGIUS Elector. cap. 13. *Franc.* ALEF Diss. cit. de eo quod iustum est circa periculum et commodum rei vend. Cap. II. §. 21. u *Gottl.* WERNSDORF Disp. cit. de periculo et commodo praedii venditi ante resignat. iudic. §. 13.

weil selbst **Afrikan** an einem andern Orte ganz der von allen angenommenen Regel gemäß lehrt. Es ist die *L. 39. in fin. D. de Solution.* wo **Afrikan** sagt: His consequens esse puto, ut, etiamsi et emtor nummos, et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint, et *nummi emtoris periculo sint;* utique si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit: et nihilominus merx quoque, *quia emtio perfecta sit.* Der Sinn des **Afrikan** sey nun übrigens, welcher er wolle, so kann doch das, was er nur beyläufig bey einer andern Gelegenheit als Argument anführt, einen in so vielen andern Gesetzstellen so deutlich bestimmten Rechtssatz nicht wankend machen.

Die beyden andern Stellen *L. 12. et 14. D. h. t.* sind vom **Paulus**. Es sind darin zwey Fälle enthalten, 1) wenn die verkaufte Sache durch die gerechte oder ungerechte Handlung eines Magistrats vernichtet wird. Die Aedilen, und zwar, wie **Everard Otto**[66]) und **Abraham Wieling**[67]) gezeigt haben, die Aediles municipales, von deren Amte **Papinian** *L. un. D. de via publica* handelt, mußten vermöge ihres Amts besonders auch darauf sehen, daß nicht Sachen in den öffentlichen Weg gestellet oder gelegt würden, welche die freye Passage hinderten. **Papinian** sagt in der angeführten *L. un.* §. 4. Studeant Aediles, ut ante officinas nihil proiectum sit, vel propositum; praeterquam si fullo

66) De Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. IX. §. 7. et Cap. XIII. §. 5.

67) Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 16.

fullo vestimenta siccet, aut faber currus exterius ponat. Ponant autem et hi, ut non prohibeant vehiculum ire. Was sie ausserdem auf der öffentlichen Strasse, in den Weg gestellt, fanden, konnten sie wegnehmen und zerschlagen lassen. Dieß geschahe nun auch in dem Fall, von welchem **Paulus** in der *L.* 12. u. 14. handelt, mit Sachen, welche an Jemanden waren verkauft worden. Es entstand daher die Frage, wer den Schaden tragen müsse? **Paulus** unterscheidet, ob die Sachen bereits übergeben waren, oder nicht. In dem ersten Fall trage der Käufer den Schaden, der Aedil mag Recht oder Unrecht gethan haben. Denn der Käufer war Eigenthümer der Sache geworden. In dem letzten Falle hingegen war entweder der Käufer selbst daran Schuld, durch dessen Säumniß der Verkäufer war veranlaßt worden, die Sachen auf die Strasse zu stellen; oder der Verkäufer war Schuld, oder keiner von beyden. In dem ersten Falle geht der Schade wieder über den Käufer, in dem andern hingegen über den Verkäufer. Ueber wen aber in dem dritten Falle? entscheidet das Gesetz nicht deutlich. **Noodt** [68]) meint daher, der Verkäufer trage auch hier die Gefahr, weil hier die Sachen nicht durch einen Unglücksfall, sondern durch die widerrechtliche Handlung des Aedils vernichtet worden wären. Dieses dem Verkäufer widerfahrne Unrecht könne also nur ihm schaden.

Allein es ist merkwürdig, was **Julian** *L.* 13. *D. h. t.* sagt: Eumque cum Aedili, *si id non iure fecisset*, habiturum actionem *Legis Aquiliae;* aut certe cum

68) Comm. ad Dig. h. t. §. *Admonet.* pag. 416.

cum venditore *ex emto* agendum esse, ut is actiones suas, *quas cum Aedile habuisset*, ei praestaret. Für den Magistrat streitet zwar die Vermuthung, daß er pflichtmäßig gehandelt habe. Allein daß zuweilen, insonderheit die Aedilen, durch unzeitige Hitze, oder ungerechten Haß verleitet, die Gränzen ihres Amts überschritten, und widerrechtlich handelten, lehren mehrere Beyspiele des römischen Alterthums [69]). Ein solcher Fall wird hier von Ulpian angenommen. Magistratus municipales konnten dann wegen eines solchen widerrechtlichen Schadens ex Lege Aquilia belangt werden [70]). War nun der Schade nach der Uebergabe geschehen, so konnte der Käufer selbst als Eigenthümer klagen. War hingegen die von dem Aedil widerrechtlich zerbrochene Sache dem Käufer noch nicht tradirt worden, so stand die Klage des Aquilischen Gesetzes dem Verkäufer zu, der jetzt noch Eigenthümer war; allein der Käufer konnte ex emto gegen den Verkäufer klagen, daß dieser ihm seine Klage gegen den Aedil cedire. Dieß setzt also Erstens den Fall voraus, daß der Verkäufer eben so gut, wie der Käufer, ausser aller Schuld war. Nam nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest [71]). Es beweiset aber auch zweytens, daß hier der

96) S. *Ev.* OTTO de aedilibus coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 5.

70) *L.* 29. *§.* 7. *D. ad Leg. Aquil. L.* 32. *D. de iniur.* Ob während ihres Amts, oder erst nachher? ist streitig. S. *Ed.* HENRYSON pro Eg. *Barone* adversus *Goveanum* de iurisdictione Lib. I. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 453.)

71) *L.* 134. *§.* 1. *D. de div. reg. iuris.*

der Käufer die Gefahr tragen müsse, denn wozu wäre ihm sonst eine Cession der Klage gegen den Aedil nöthig gewesen, da er durch die Contractsklage gegen den Verkäufer schon gedeckt gewesen wäre[7]). Aus Allem geht also soviel hervor, daß die *L.* 12. 13. *et* 14. *D. h. t.* bis dahin nichts von dem oben aufgestellten Rechtssatz abweichendes enthalten.

2) Der andere Fall, den **Paulus** in dem §. 1. der *L.* 14. *h. t.* entscheidet, ist, wenn die verkaufte Sache gestohlen worden. Auch hier unterscheidet **Paulus**, ob die Entwendung vor oder nach der Uebergabe geschehen ist. In dem ersten Fall trage der Verkäufer, in dem andern der Käufer den Schaden. Nach der gemeinen, von der Glosse herstammenden Erklärung[73]) soll hier von einer materia in genere vendita die Rede seyn, welche noch erst durch Bezeichnung oder Uebergabe bestimmt werden mußte. Es wäre nämlich eine gewisse Zahl Balken aus einer größern Quantität verkauft worden. Solang diese noch nicht ausgewählt und bezeichnet waren, müsse freylich der Verkäufer die Gefahr tragen, weil der Kauf noch nicht zur Perfection gediehen sey. Man glaubt, die Worte: *Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset*, gäben dieses nicht undeutlich zu erkennen.

Allein so wenig diese Worte, als der Ausdruck *materia*, welcher in dem Gesetz gebraucht wird, nöthigen uns, hier

72) S. *Guid.* PANCIROLUS Thes. variar. Lection. L. II. Cap. 40. (in *Iurisprud. Rom. et Attica* T. II. pag. 1158.) und Westphal vom Kauf. § 615.

73) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

hier einen noch unvollkommenen Kauf anzunehmen, um erklären zu können, warum der Verkäufer die Gefahr des Diebstahls vor der Uebergabe trage. Schon Lyklama [74]) hat sehr richtig bemerkt, daß der Ausdruck materia hier von keinem Genus, sondern vielmehr, wie er auch an andern Orten [75]) gebraucht wird, von einer verkauften Species zu verstehen sey. Die Entscheidung des Gesetzes geht also von einem ganz andern Princip aus. Es ist nämlich ein Grundsatz des Röm. Rechts, derjenige, welcher custodia prästirt, steht unbedingt für jedes furtum [76]). Denn man hielt den Fall für undenkbar, daß eine Sache, welche gehörig verwahret wird, auf keine Art gegen heimliche Entwendung zu sichern gewesen wäre [77]). Nur für Gewalt steht der custodiens nicht,

74) Membranar. Vol II Lib. VI. Eccl. 3. pag. 33.

75) *L.* 12. *pr. D. de Usufructu.*

76) §. 13. 15. *et* 16. *I. de obligat. quae ex delicto. L.* 12. *pr. L.* 14. §. 10. *et* 17. *D. de furtis. L.* 52. §. 3. *D. Pro socio.* S. Egid von Löhr Beyträge zu der Theorie der Culpa. IV. Absch. S. 163. ff.

77) Die *L.* 14. §. 12. *D. de furt.* wo Ulpian sagt: Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, *si modo culpa eius subrepta sit res*, stehen nicht entgegen. Denn *Culpa* heißt hier nichts anders, als omissio custodiae. Es giebt aber auch Fälle, wo eine Sache ohne Unterlassung der custodia gestohlen werden kann. Dahin gehört, wenn sie entweder gar nicht custodirt zu werden pflegt, wie dieß bey den Röm. Sklaven der Fall war, *L.* 21. *pr. D de rei vindicat. L.* 14. §. 6. *D. de furt.* oder wenn sie nicht durch ein einfaches, sondern qualificirtes furtum, durch Einsteigen oder Einbrechen entwendet wird. *L.* 1. *Cod. de locato et cond.* S. von Löhr a. a. O. IV. Abschn. S. 181. ff.

quia custodia, sagt **Neratius** *L.* 31. *pr. D. de act. emti et vend.* adversus vim parum proficit, wenn ihm nur keine besondere Schuld dabey zur Last fällt. Daß nun der Verkäufer zur custodia verpflichtet sey, ist schon an einem andern Ort [78]) gezeigt worden. Er haftet daher für jeden durch Diebstahl entstandenen Schaden, da jedes furtum durch sorgfältigere custodia zu verhindern gewesen wäre. Dieß beweißt nun nicht nur die Stelle des **Paulus** *L.* 14. §. 1. *D. h. t.* Materia emta, si furto perisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo, respondit, *si minus* (d. i. vor der Uebergabe), *venditoris;* sondern eben dieses bestärken auch noch mehr folgende Gesetzstellen.

L. 31. *pr. D. de act. emti et vend.* Si ea res, quam ex emto praestare debebam, vi mihi ademta fuerit, *quamvis eam custodire debuerim*, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendae eius praestari a me emtori oporteat; *quia custodia adversus vim parum proficit.*

Ausser dem Fall einer gewaltsamen Entwendung, ist also der Verkäufer in allen Fällen gehalten, wo durch custodia der Schaden hätte abgewendet werden können. Braucht er dort nur allenfalls dem Käufer seine Klagen zur Verfolgung der Sache zu cediren; so wird er hier, wo durch seine rechtlich zu vermuthende Omissio custodiae die Sache gestohlen worden, durch die Cession der Kla-

78) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 984. Man vergleiche damit noch vorzüglich *Jo. Casp.* GENSLER Exercitat. iur. civ. ad doctrinam de culpa Fascic. I. (Ienae 1813. 8.) Exercit. IV. §. 2.

Klagen nicht loskommen, sondern den Schaden unbedingt ersetzen müssen; ohne Rücksicht, ob er von dem Diebe seine Entschädigung erhalten könne, oder nicht.

L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, *quid inter eos de custodia rei convenerat.* Si nihil appareat convenisse, *talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet:* (denn heimliche Entwendung kann jeder gute Hausvater durch die ihm eigene Sorgfalt verhüten) quam si praestiterit, et tamen rem perdidit, (nämlich durch eine Gewalt, für welche es keine custodia giebt) securus esse debet, *ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emtori.*

L. 14. pr. D. de furtis. Eum, qui emit, si non tradita est ei res, *furti actionem* non habere, sed adhuc *venditoris* esse hanc actionem, CELSUS scripsit. *Mandare eum plane oportebit emtori furti actionem et condictionem, et vindicationem:* et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emtori oportebit. Quae sententia vera est, et ita et IULIANUS. *Et sane periculum rei ad emtorem pertinet; dummodo* CUSTODIAM *venditor ante traditionem praestet.*

Auf diese Art können wir denn nun auch der Distinction überhoben seyn, welche **Anton Faber** [79]), um die angeführten Gesetzstellen mit der Lehre des Kaisers **Justinian** im §. 3. *I. de contr. emt.* zu vereinigen, zwi-

79) Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 4.

zwischen Unglücksfällen macht, welche ex causa aliqua extrinseca herrühren, und solchen, welche an der Sache selbst dergestalt geschehen, daß diese ganz zu existiren aufhört. Das erste soll der Fall seyn, wenn das verkaufte Grundstück publicirt, oder die Sache gestohlen wird. Hier trage der Verkäufer die Gefahr, und er müsse wenigstens dem Käufer seine Klagen cediren; könne er dieses nicht, so müsse er, ohne jedoch ein weiteres Interesse leisten zu dürfen, das Kaufgeld zurückgeben. Wenn aber die Sache durch den Unglücksfall ganz zu Grunde gegangen ist, so habe der Käufer die Gefahr, und müsse daher das Kaufgeld dennoch bezahlen, wenn ihm gleich die Sache nicht tradirt werden kann. Denn hier habe es an dem Käufer gelegen, den Besitz und das Eigenthum der Sache durch Bezahlung des Kaufgeldes zeitiger an sich zu bringen. Diese Distinction, glaubt Faber, bestätige Justinian in dem §. 3. *I. de contr. emt* nicht undeutlich, indem er erstens Beyspiele des gänzlichen Untergangs der verkauften Sache, nachher aber Beyspiele von solchen Zufällen anführe, wodurch die Sache nicht zu existiren aufhört, nämlich wenn der verkaufte Sklave vor der Uebergabe entläuft, oder gestohlen wird. Hier sagt Justinian, werde der Verkäufer nicht frey, sondern müsse seine Klagen dem Käufer cediren. Habe der Verkäufer keine Klagen zu cediren, welches z. B. der Fall sey, wenn die gestohlne Sache eine fremde Sache, ist, oder die Sache confiscirt worden; so habe zwar Justinian dieses Falles nicht gedacht. Er müsse aber aus den Gesetzen der Pandecten ergänzt werden. Dieses wären denn die *L.* 35. §. 4. *D. de contr. emt.* und die *L.* 33. *D. Locati.* In der ersten Stelle werde gesagt: Unde videbimus in personam eius, qui alienam

rem

rem vendiderit, *cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit:* ob id ipsum damnandus est; quia si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre. Dieses könne nun anders nicht verstanden werden, als es Afrikan *L.* 33. erklärt, nämlich daß der Verkäufer das Kaufgeld zwar wieder herausgeben müsse, sonst aber keinen weitern Ersatz wegen des Interesse leisten dürfe, weil sich vor der Uebergabe keine eigentliche Eviction gedenken lasse[80]. Allein wie wenig dieser Unterschied zur Aufklärung der Sache beytrage, hat schon **Wilhelm Ranchinus**[81]) hinlänglich gezeigt. Sie wird auch durch die *L.* 33. *D. Locati* schon von selbst widerlegt. Jedoch hat ihn **Schifordegher**[82]) zu vertheidigen gesucht.

§. 1034.

Wenn ist der Kauf in Hinsicht der Gefahr für vollkommen zu halten?

Es ist schon an einem andern Orte[83]) bemerkt worden, daß man die Perfection des Kaufs, von welcher blos die verbindende Kraft desselben abhängt, von derjenigen Vollkommenheit unterscheiden müsse, mit welcher die Gefahr der Sache auf den Käufer übertragen wird. Von der erstern ist schon oben gehandelt worden. Von der letztern ist hier die Rede. Hierüber belehrt uns nun Paulus am bestimmtesten in der hierher gehörigen Hauptstelle der *L.* 8. *pr. D. h. t.* wo er sagt:

Neces-

80) *L.* 3. *Cod. de evict.* *L.* 74. §. 2. *D. eodem.*

81) Variar. Lection. Lib. III. cap. 12. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. 5. pag. 964. sqq.)

82) Ad Ant. *Fabrum* Lib. II. Tract. XVIII. Qu. 5.

83) S. den 16. Th. dieses **Commentars**. §. 972. S. 15 ff.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. *Et, si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emtio.*

Nach dieser Stelle ist also eine blos verbindliche Einwilligung, welche den einseitigen Rücktritt von dem Contract hindert, noch nicht hinreichend, wenn die Gefahr auf den Käufer übergehen soll, sondern der Kauf muß soweit zur Perfection gediehen seyn, daß der Verkäufer als ein debitor speciei zu betrachten ist. Dazu wird nun aber nach der Lehre unsers Paulus dreyerley erfordert. 1) Der Gegenstand muß völlig, und also nicht blos der Gattung nach, sondern individuell nach Qualität und Quantität bestimmt; 2) der Preis gewiß, und 3) der Kauf unbedingt seyn. Es wird sich dieses in der Folge durch Verbindung mit andern Gesetzen näher aufklären. Hier bemerke ich nur noch, daß bey Subhastationen der Kauf erst durch den Zuschlag seine Perfection erhält. Erst von dieser Zeit an geht daher die Gefahr auf den Käufer über [84]).

§. 1035.

Unvollkommenheit des Kaufs in Ansehung der Einwilligung.

Solang der Kauf noch nicht zur Perfection gediehen ist, trägt also der Verkäufer die Gefahr. Der Kauf kann aber noch unvollkommen seyn I) in Ansehung der Einwilligung. Dahin gehört 1) wenn die Contra-

84) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

trahenten verabredet haben, daß sie den Kauf schriftlich schließen wollen, und der schriftliche Aufsatz noch nicht ausgefertiget und unterschrieben ist[85]). 2) Wenn der Kauf unter einer suspensiven Bedingung geschlossen worden, und diese noch pendent ist[86]). Es ist jedoch ein Unterschied zu machen, ob die Sache ganz zu Grunde geht, oder nur durch Zufall beschädiget wird. Im ersten Fall geht die Sache dem Verkäufer, jedoch nicht als solchem, sondern als Eigenthümer, zu Grunde. Denn sollte auch die Bedingung nachher existiren, so kann doch der Kauf nun wegen Mangels der Sache nicht mehr zur Perfection gelangen, sondern er ist und bleibt ungültig[87]). Ganz anders verhält es sich in dem letztern Falle. Denn hier ist die Sache, wenn die Bedingung existirt, noch da, sey sie auch immerhin durch Zufall verschlechtert worden. Es fehlt also nicht an einer Materie des Kaufs. Denn über eine solche Sache konnte gleich anfangs ein Kauf unbedingt geschlossen werden. Sie konnte daher auch auf des Käufers Gefahr schlechter werden. Billig trägt also hier der Käufer den Schaden, weil die Bedingung, wenn sie zur Wirklichkeit kommt, retrotrahirt wird, als ob der Contract gleich anfangs unbedingt geschlos-

85) §. 3. *I. de contrah. emt.* L. 4. *Cod. de peric. et comm. rei vend.*

86) *L.* 7. *pr. D. de contr. emt.* *L.* 5. *Cod. de peric. et comm. rei vend.*

87) *L.* 10. §. 5. *D. de iure dot.* *Jac.* CUJACIUS in Julio Paulo ad L. 8. pr. D. h. t. (*Oper. postum.* a FABROTO editor. T. II. pag. 542. sqq.) *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Satis.* pag. 415. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5.

schlossen worden wäre [88]). Daher sagt **Paulus** *L.* 8. *pr. D. h. t.* Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio: sicuti nec stipulatio. Quod si exstiterit, PROCULUS et OCTAVENUS emtoris esse periculum aiunt. Idem POMPONIUS libro IX. probat. — Quod si pendente conditione res tradita sit: emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur; et fructus medii temporis venditoris sunt: sicuti stipulationes et legata conditionalia peremuntur, si pendente conditione res exstincta fuerit. *Sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emtoris.* So lieset die Florentinische Ausgabe der Pandecten. Die glossirte Ausgabe des **Petrus ab Area Baudoza Cestius** hingegen, mit welcher zum Theil auch die Haloandrinische übereinstimmt, enthält nach den Worten venditoris sunt, noch Folgendes: *Plane si pendente conditione res interierit, perimitur emtio;* sicuti stipulationes u. s. w. **Accursius** bemerkt hier, daß diese fehlenden Worte aus andern Handschriften, um des Zusammenhangs willen, nothwendig ergänzt werden müßten. In unserer Erlangischen Handschrift der Pandecten befinden sich jedoch diese Worte eben so wenig, als in der Florentinischen. Wird blos der Vollziehung des Contracts eine Bedingung beygefügt, z. B. der Verkäufer soll die Waare nicht eher zu übergeben schuldig seyn, als bis das Kauf-

geld

88) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 8. pr. D. h. t. ad verb. *Sane si exstet res.* und *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. ad Dig. h. t. nr. 23. et 24.

geld bezahlt seyn wird [89]); oder ist die Bedingung eine resolutive, so wird dadurch die Perfection des Contracts nicht gehindert [90]), und eben so wenig durch den Vertrag, wodurch sich der Verkäufer das Eigenthum vorbehält [91]). Ja zuweilen kann selbst der unter einer suspensiven Bedingung geschlossene Kauf sofort für perfect gehalten werden, wenn gleich die Bedingung noch schwebt. Paulus selbst führt einen solchen Fall an *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* Si ita venierit, *est ille servus emtus, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit,* IULIANUS putat, statim perfectam esse venditionem, quoniam certum sit eam contractam. Die Verabredung, es soll Dir die Sache verkauft seyn, die dabey vorausgesetzte Begebenheit möge zur Wirklichkeit kommen oder nicht, ist eigentlich keine bedingte. Denn eine Bedingung ist eine ungewisse Begebenheit, von deren zu erwartenden Wirklichkeit es abhängt, ob der Vertrag seine Perfection erhalten wird, oder nicht. Wenn nun zwey einander entgegengesetzte Bedingungen, zwischen denen kein Drittes möglich ist, sind beygefügt worden, wie in dem Falle, den Paulus hier entscheidet; so ist offenbar, daß eine von beyden existiren muß. Es muß also auch natürlich der Vertrag schon für vollkommen gehalten werden, ehe es noch gewiß ist, ob die eine oder die

89) S. ALEF Diss. de eo, quod iustum est circa periculum et commod. rei vend. Cap. III. §. 32.

90) *L.* 20. §. 1. *D. de praescript. verb. L.* 2. *pr. et* §. 1. *D. de in diem addict.*

91) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. Man sehe auch den 16. Th. §. 1000. S. 232.

die andere Begebenheit sich ereignen wird, weil hier keine solche Ungewißheit des Erfolgs denkbar ist, von welcher die Gültigkeit desselben abhängig seyn könnte. Der Vertrag, unter einer solchen Bedingung geschlossen, quae omnimodo exstitura est, ist also so gut, wie ein unbedingter [92]). Dennoch wird der Clausel: *sive illud factum fuerit, sive non fuerit* in andern Gesetzen z. B. bey Vermächtnissen, die Wirkung einer Bedingung beygelegt [93]); und sie wirkt auch bey Verträgen wenigstens soviel, daß nicht eher auf Erfüllung geklagt werden kann, als bis einer von beyden Fällen existirt, wenn auch gleich bey einer etwa schon früher geschehenen Erfüllung keine Zurückforderung Statt findet [94]). Demohngeachtet ist und bleibt es gewiß, daß der Kauf, der unter der gedachten Clausel geschlossen worden ist, gleich für perfect zu halten sey, mithin die Gefahr auf den Käufer übergehe, ehe sich noch einer von beyden Fällen ereignet hat; weil hier der Fall, daß der Kauf für nicht geschlossen gehalten werden dürfte, gar nicht denkbar ist, wie die Worte: *quoniam certum est, eam contractam*, andeuten sollen. Endlich 3) wenn sich der Käufer ausbedungen hat, daß er die Sache erst kosten wolle, so ist der Kauf nicht eher gültig, als bis er die Sache gekostet, und nach seinem Geschmack gut befunden hat. Er kann daher auch von dem Contract wieder abgehen, wenn ihm nach erfolgtem Ausproben die Sache nicht geschmeckt hat.

L. 1.

92) *L.* 9. §. 1. *D. de novat.*

93) *L.* 13. *D. Quando dies legator.*

94) *L.* 18. *D. de condict. indebiti. Jac.* CUJACIUS in Jul. Paulo ad L. 8. §. 1. D. h. t. und *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad eund. loc.

L. 1. pr. D. h. t. Si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, emtoris erit damnum: quemadmodum si vinum esset effusum, vel vasis contusis, vel qua alia ex causa. Sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit. Quod si non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, *quoad degustetur vinum: videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum.* Aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit: aut non convenit, *et usque ad degustationem sustinebit.* Sed si nondum sunt degustata, signata tamen ab emtore vasa vel dolia, consequenter dicemus, adhuc periculum esse venditoris: nisi si aliud convenit.

L. 4. princ. D. h. t. Si quis vina vendiderit, *et intra diem certum degustanda dixerit*, deinde per venditorem steterit, quominus degustarentur: utrum praeteritum duntaxat periculum acoris et mucoris venditor praestare debet; an vero etiam die praeterito, ut, si forte corrupta sint, posteaquam dies degustandi praeteriit, periculum ad venditorem pertineat? an vero magis emtio sit soluta, quasi sub conditione venierint, hoc est, si ante diem illum fuissent degustata? et intererit, quid actum sit. Ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici, emtionem manere; periculum autem ad venditorem respicere, etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est.

L. 4. §. 1. *D. eodem.* Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est. Ex hoc apparet, si non ita vinum venit, *ut degustaretur*, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, *sed omne periculum ad emtorem pertinere.* Difficile autem est, ut quisquam sic emat, *ut ne degustet:* quare si dies degustationi adjectus non erit, quandoque degustare emtor poterit; et, *quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit.* Dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem emtoris facit.

L. 34. §. 5. *D. de contrah. emt.* Alia causa est degustandi, alia metiendi. *Gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat:* mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur.

Die beyden ersten Gesetzstellen sind aus des **Ulpian** *libro* 28. *ad Sabinum* genommen. Die Ausleger [95]) haben

95) Man vergleiche *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. III. cap. 6. *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 34. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 1. et 4. h. t. *Em.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio Lib III. cap. 12. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Injecta.* pag. 414. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges Cap. VIII. et IX. §. 1.—11. Franz Schömann Handbuch des Civilrechts 2. Bd. Seite 216. ff. *Jo. Casp.* GENSLER Commentat. de emtione venditione, quae fit ad mensuram, adnumerationem, pondusve, vel ad gustum. *Jenae* 1814. 8. §. 6. et 7. und Westphal vom Kauf §. 583. und 596.

ben in denselben mancherley Schwierigkeiten gefunden, welche einige durch Emendation der Leseart, andere durch Unterscheidung der Worte des Sabinus von den Anmerkungen des Ulpian, welche Tribonian mit einander vermischt habe, zu heben bemüht gewesen sind. Es wird nämlich in diesen Stellen, welche von dem Verkaufe des Weins handeln, ein Unterschied gemacht, ob dabey das Ausproben vorbehalten worden, oder nicht. Von dem letztern Falle handelt die *L.* 1. *pr. D. h. t.* Hier geht die Gefahr sowohl des gänzlichen Untergangs, als der Deterioration der Sache sofort nach geschlossenem Kaufe auf den Käufer über. Eben dieses wird nochmals in der *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* wiederholt. Jedoch wird *L.* 1. *pr. h. t.* eine Ausnahme in dem Falle gemacht, wenn der Verkäufer die Gefahr übernommen hat. Hier entscheidet nun der Vertrag, wie lange er sie trägt. Ist keine Zeit bestimmt, so soll er sie bis zum erfolgten Ausproben behalten, weil nun erst der Contract zur endlichen Vollkommenheit gediehen ist. Diese Entscheidung ist unbegreiflich. Wie kann, wenn kein Auskosten ausbedungen worden, und der Verkäufer überdem noch die Gefahr der Sache selbst übernommen hat, die Perfection des Contracts erst noch von einem erfolgenden Ausproben abhangen? Um sich dieses Räthsel zu erklären, sagt **Wilhelm Best** [96]), muß man die Worte des **Sabinus**, über den **Ulpian** commentirt, von den eingemischten Anmerkungen des letztern unterscheiden. Nun seyen die Worte der *L.* 1. Si vinum venditum, bis quoad

se

96) Ratio emendandi Leges. Cap. VIII. §. 3. sqq. u. Cap. IX. §. 3. et 4.

se subiecit, Worte des Sabinus; so wie die Worte der *L.* 4. §. 1. *h. t.* Ex hoc apparet bis omne periculum ad emtorem pertinere. Denn kein Tropfen Wasser könne dem andern so ähnlich seyn, als hier ein Satz dem andern. Nun stelle Sabinus den Grundsatz auf: ist eine gewisse Quantität Wein überhaupt und ohne Maas (aversione) für einen Preis verkauft, auch wegen des Ausprobens nichts bedungen worden, so steht der Verkäufer nur für custodia, der Käufer hingegen trägt den Zufall, wenn der Wein, ohne des Verkäufers Schuld, verdirbt, oder ganz zu Grunde geht. Denn die Richtigkeit des Handels war hier weder von einer Admensuration noch Degustation abhängig. Dagegen wende aber **Ulpian** ein, es werde wohl Niemand leicht Wein in Quantität kaufen, ohne sich das Versuchen desselben vorzubehalten. Sey daher auch in dem Vertrage nichts davon erwähnt, so müsse man es doch nach der Intention der Contrahenten als eine stillschweigende Bedingung des Handels betrachten. Der Verkäufer werde daher die Gefahr bis dahin tragen, da das Ausproben von Seiten des Käufers erfolgt seyn wird. Denn nun erst könne man sagen, der Kauf habe seine Vollkommenheit erreicht. Dem sey nun übrigens, wie ihm wolle, so ist soviel wohl gewiß, daß ohne eine Verabredung wegen des noch zu geschehenden Auskostens anzunehmen, der Satz des **Ulpian**, daß der Handel bis zur erfolgten Degustation noch unvollkommen sey, unmöglich wahr seyn könne, zumal wenn der Verkäufer sogar die Gefahr der Sache übernommen hat. Wir können auch jetzt in der Verbindung, in welcher nun die Worte dieser Stellen auf einander folgen, ohne Widerspruch, den Satz nicht gelten

lassen,

lassen, daß sich beym Weinkauf das Auskosten auch ohne Vorbehalt schon von selbst verstehe. Denn sonst könnten es ja die Gesetze dem Käufer nicht zur Schuld anrechnen, die er sich selbst zuzuschreiben habe, daß er sich das Auskosten nicht vorbehalten hat, wie es in der *L.* 15. *D. h. t.* geschieht, wo **Cajus** sagt: Si vina, quae in doliis erunt, venierint, eaque, antequam ab emtore tollerentur, sua natura corrupta fuerint: siquidem de bonitate eorum adfirmavit venditor, tenebitur emtori: *quod si nihil adfirmavit, emtoris erit periculum; quia, sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet.* Ist nun aber das Ausproben zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden, von welchem Falle besonders die *L.* 4. *pr.* und §. 1. *D. h. t.* reden, so ist nach dem Inhalt der angeführten Gesetzstellen wieder zu unterscheiden, ob die Contrahenten eine gewisse Zeit dazu bestimmt haben, oder nicht. In dem ersten Falle hat bis zum Degustations-Termin der Verkäufer die Gefahr. Bevor also der Degustations-Termin eintritt, ist der Contract nicht perfect. Nach Ablauf desselben geht die Gefahr auf den Käufer über, weil alsdann erst die Perfection des Contracts eintritt. Es muß nur nicht etwa der Verkäufer dem Käufer, der sich zur bestimmten Zeit zum Auskosten einfand, daran hinderlich gewesen seyn, denn sonst behält der Verkäufer die Gefahr auch noch nach Ablauf der bestimmten Zeit so lange, bis er durch eine spätere mora des Käufers derselben entlediget worden ist [97]. In dem andern Falle hingegen, wenn keine Zeit zum Ausproben be-

97) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 4. pr. D. h. t.

bestimmt worden ist, kann der Käufer den Wein versuchen, wenn ehe er will, und der Verkäufer hat bis dahin die Gefahr, und zwar ohne Unterschied, der Wein mag durch den ihn etwa betreffenden Zufall ganz zu Grunde gehen oder nur verschlechtert werden. Zwar sprechen die angeführten Gesetzstellen nur vom acor und mucor, allein es läßt sich daraus nicht folgern, daß der Verkäufer für die Gefahr des Untergangs nicht stehen dürfe. Offenbar reden die Gesetze nur exemplificativisch, und so wie dadurch nicht andere Arten der Deterioration, welche der Wein erleiden kann, ausgeschlossen sind, so kann auch die Gefahr des gänzlichen Zugrundegehens keinesweges für rechtlich ausgeschlossen gehalten werden. Man sieht es auch noch mehr daraus, weil in dem entgegengesetzten Falle, da nämlich der Wein unbedingt, und ohne Vorbehalt des Versuchs gekauft worden ist, omne periculum auf den Käufer übergehen soll, ohnerachtet kurz vorher gesagt war, der Verkäufer stehe weder für acor noch mucor. Warum sollte es denn nun anders seyn, wenn sich der Käufer das Auskosten vorbehalten hat, zumal da hier der Contract, bevor das Auskosten geschehen ist, noch gar nicht einmal seine Perfection erreicht hat? und wo sagt denn das Gesetz nur mit einem Worte, der Käufer trage, des vorbehaltenen Auskostens ungeachtet, des periculum interitus [98])? Daß endlich die Gesetze bey der emtio vini ad gustum vel non in Absicht auf die Gefahr keinen Unterschied zwischen dem peri-

98) Gleichwohl will dieses THIBAUT im Syst. des Pand. Rechts §. 175. lit. D. behaupten. Man sehe aber dagegen GENSLER cit. Commentat. §. 6. Not. 13. pag. 13—20.

periculum interitus und dem periculum deteriorationis gemacht wissen wollen, erhellet aus den Anfangsworten der *L. 1. pr. D. h. t.* wo die Fälle, si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, und si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa einander gleichgesetzt werden. Damit aber doch der Käufer das sich vorbehaltene Auskosten nicht, zum Nachtheil des Verkäufers, allzulang verschiebe, so kann nach Ablauf einiger Zeit der Verkäufer den Käufer dazu auffordern, und ihm ankündigen, daß wenn er den Wein nicht bald versuchen würde, man dieses für eine stillschweigende Mißbilligung ansehen, und den Wein weiter verkaufen werde [99]). Es kann ihm auch auf Verlangen des Verkäufers ein Termin vom Richter gesetzt werden. Denn wenn das Gesetz sagt: Si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emtor poterit, so kann dieses nur unter der Bedingung verstanden werden, so lange nämlich der Verkäufer sich nicht regt, und den Käufer interpellirt [100]). Hieraus erklärt sich das Ende der *L. 4. §. 1. D. h. t.* Dies enim degustationi praestitutus, meliorem conditionem emtoris facit. Denn ist eine Zeit zum Ausproben bestimmt, so muß der Verkäufer diesen Termin abwarten, ohne das Auskosten früher verlangen zu können, und mittlerweile die Gefahr tragen. Man hat zwar bey diesen Worten

99) *L. 1. §. ult. L. 4. §. ult. D. h. t.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. Man sehe auch Westphal vom Kaufe §. 583. S. 441. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. h. t. §. 552.

100) GENSLER Comm. cit. §. 7. Not. 15. pag. 21. sq.

viel Schwierigkeit gefunden. Man glaubt dieser Grund stehe mit dem Vorhergehenden im Widerspruche, weil die Bestimmung eines Degustationstermins für den Verkäufer vortheilhafter sey, als für den Käufer. Cujacius [1]), dem auch Anton Faber [2]) und Pothier [3]) beystimmen, will daher entweder *non* praestitutus, oder statt emtoris, *venditoris* gelesen wissen. Best [4]) hingegen, welcher cane peius et angue obscoenam istam atque infaustam particulam *non*, wie er sich ausdrückt, haßt, eignet diese Worte dem Sabinus zu, und glaubt, sie wären von den erstern Worten des § 1. der *L.* 4. Si aversione etc. welche er ebenfalls für Textes-Worte des Sabinus hält, durch die eingeschaltete Anmerkung des Ulpians, welche mit den Worten: Difficile autem est, etc. angehen soll, getrennt worden. Die ganze Lehre des Sabinus sey nämlich folgendermaßen zu fassen: *Vino per aversionem vendito sola custodia praestatur a venditore. Idem est, si uno eodemque pretio veniit certus vasorum numerus, et emtor expresse pactus non est, ut vinum degustaretur: dies enim degustationi praestitutus amovet periculum rei venditae usque ad diei lapsum, ad venditorem, adeoque meliorem emtoris facit conditionem.* Auch Merill [5]) verwirft die Cujazische Emendation, und glaubt, es solle durch die angeführten Worte nur überhaupt der Sinn aus-

1) Observation. Lib. XXIII. cap. 34.

2) Rational. in Pand. ad L. 4. §. 1. D. h. t.

3) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XIV. not. e.

4) Ratio emendandi Leges Cap. VIII. §. 3. et 15.

5) Variant. ex Cujacio Lib. III. cap. 12.

ausgedruckt werden, daß es ein Vortheil für den Käufer sey, wenn wegen des Ausprobens beym Weinkauf etwas ausgemacht worden, weil er bis dahin keine Gefahr habe. Ulpian, dem er diese ganze Stelle ohne Unterschied zuschreibt, schließe nämlich hier a die praestituto ad diem non praestitutum. So wie nämlich der Verkäufer, wenn eine Zeit zum Auskosten bestimmt worden, die Gefahr habe, so liege sie ihm auch in dem entgegengesetzten Falle zur Last, bis der Käufer den Wein versucht hat; und in jedem Falle befinde sich der Käufer dabey besser, als wenn wegen der Degustation gar nichts bedungen worden ist. Johann Jacob Wissenbach [6]) hat diese Erklärung wörtlich angenommen, und ihr nähert sich auch die Erklärung des Herrn Hofr. Gensler [7]). Man sieht wenigstens aus Allem soviel, daß keine Noth vorhanden sey, zu einer so violenten Crisis, die sich Cujaz erlaubt hat, seine Zuflucht zu nehmen. Uebrigens bemerkt Ulpian sehr richtig, daß das bloße Bezeichnen der Fässer, worin sich der gekaufte Wein befindet, die Gefahr nicht auf den Käufer wälze, so lange noch kein Ausproben erfolgt ist. Denn die Meinung des Trebatius, daß das Bezeichnen der Fässer für eine Tradition zu halten sey, ist schon von Labeo verworfen worden, dem Ulpian hier beystimmt [8]). Die Zeichnung geschieht nur, um Verwechselung der Fässer zu verhüten. Ob aber der Käufer, der sich das Auskosten vorbehalten hat, so geradezu sagen könne, der Wein schmecke ihm nicht, wenn

6) Exercitation. ad Pand. Vol. I. Disp. XXXV. Th. 26.

7) Cit. Commentat. §. 6. Not. 13. pag. 18. lit. e.

8) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

wenn ihn Kenner für gut finden, ist in neuern Zeiten in Zweifel gezogen worden. **Schöman** [9]) glaubt nämlich, der Käufer könne nicht nach Willkühr seinen Geschmack bestimmen, sondern der Verkäufer könne es auf das Urtheil der Weinverständigen ankommen lassen. Denn sonst wäre ja die ganze Verabredung soviel als nichts, quia nulla promissio consistere potest, wie **Javolenus** *L.* 108. §. 1. *D. de verbor. obligat.* sagt, quae ex voluntate promittentis statum capit. Diese Meinung scheint dadurch noch eine stärkere Stütze zu erhalten, daß die Gesetze, um nicht die Erfüllung des Vertrags von der bloßen Willkühr des Verpflichteten abhängig zu machen, ein in solchen Fällen gleichsam stillschweigend bedungenes arbitrium boni viri wollen eintreten lassen [10]). Allein diese Meinung läßt sich dennoch nicht wohl vertheidigen. Denn das oben angeführte Gesetz sagt unbedingt: gustus ad hoc proficit, *ut improbare liceat.* Man kann auch hier nicht sagen, es hänge alles von der Willkühr des Käufers ab. Denn sein Wille ist hier seinem Geschmack untergeordnet. Dieser Geschmack kann nicht nach den Regeln der Kunst beurtheilt werden, sondern ist ein individueller und unwillkührlicher Zustand unsers organischen Körpers, wie Herr Hofr. **Gensler** [11]) schon sehr richtig gegen jene Meinung erinnert hat. Was übrigens vom Geschmack gesagt worden ist, gilt auch von andern

9) Handbuch des Civilrechts. 2. B. Nr. IX. S. 216. f.

10) *L. 7. pr. D. de contrah. emt. L. 24. pr. D. Locati.*

11) Cit. Comm. de emt. venditione, quae fit ad mensuram, adnumerat. pondusve vel ad gustum. §. 17. not. 15. pag. 20. sqq.

andern Sinnen, z. B. vom Geruch, von Besehen, wenn davon die Billigung des gekauften Gegenstandes, und folglich die Perfection des Contracts abhängig gemacht worden ist [12]).

§. 1036.

Unvollkommenheit des Kaufs in Rücksicht des Gegenstandes und Preises.

Unvollkommen ist ferner der Kauf II.) in Ansehung des Preises, wenn dieser noch nicht gewiß bestimmt ist. Dahin gehört, wenn die Bestimmung des Preises einem Dritten überlassen worden ist, und dieser seine Meinung noch nicht erklärt hat [13]). Ein Anders wäre, wenn die Contrahenten sich über den Preis vereinizet, aber mit einander ausgemacht hätten, daß wenn der Käufer die Sache wieder mit Profit verkaufen könnte, er diesen Gewinn mit dem Verkäufer theilen solle. Hier ist der Kauf gleich perfect, und wird auch dadurch nicht ungültig, wenn der Käufer nachher die Sache entweder gar nicht, oder nicht um einen höhern Preis verkaufen könnte. So lehrt Ulpian *L.* 7. §. 1. *D. de contrah. emt.* Si quis ita emerit, *est mihi fundus emtus centum, et quanto pluris eum vendidero*, valet venditio, et statim impletur: habet enim certum pretium, *centum:* augebitur autem pretium, si pluris emtor fundum ven-

12) S. *Sam.* STRYK Tract. de iure sensuum. Diss. V. Cap. I. nr. 34—36.

13) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 980. S. 76—83.

vendiderit [14]). Unvollkommen ist endlich III.) der Kauf in Rücksicht der Sache, welche den Gegenstand des Contracts ausmacht, 1) wenn sie nach Zahl, Maas oder Gewicht verkauft worden, und noch keine Zumessung oder Zuzählung erfolgt ist. Hier ist zwar der Kauf in Absicht auf das genus perfect, sobald die Contrahenten über den Preis einig sind. Denn es wird vorausgesetzt, daß das erhandelte genus gewiß sey, und beyde Theile darüber einverstanden sind [15]). Daher kann auch der Käufer auf die Erfüllung des Contracts klagen, das heißt, er kann darauf klagen, daß ihm die Sache zu gemessen, zugewogen oder zugezählet werde. Allein imperfect ist der Kauf noch insofern, als entweder die Theile oder Species, die der Käufer von einem gewissen Ganzen haben soll, noch nicht bestimmt sind, sondern ihm erst noch zugezählet, oder zugewogen, oder zugemessen werden müssen; oder wenigstens die Qualität des gekauften Ganzen vor der Zumessung oder Zuzählung noch ungewiß ist. Daher trägt der Verkäufer bis dahin alle Gefahr, sowohl das periculum interitus als deteriorationis, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 35. §. 5. D. de contrah. emt. In his, quae pondere, numero, mensurave constant, (veluti frumento, vino, oleo, argento) modo ea serventur, quae in caeteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut, etiam

14) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. und Westphal vom Kauf. §. 152.

15) *L. 75. §. 2. L. 94 D. de Verbor. obligat.* S. GENSLER Commentat. cit. de emt. venditione, quae fit lad mensuram. etc. §. 4.

etiam si de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratave sint. Nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, *quantumcunque esset*, uno pretio venierit, (sc. *per aversionem*) idem iuris est, quod in caeteris rebus. (sc. *ut emtio sit perfecta, simul atque inter emtorem venditoremque de re atque pretio convenerit.*) Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras; item oleum, ut in singulos metretas; item frumentum, ut in singulos modios; item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur: quaeritur, quando videatur emtio perfici? Quod similiter scilicet quaeritur et de his, *quae numero constant*, si pro numero corporum pretium fuerit statutum? SABINUS et CASSIUS tunc perfici emtionem existimant, *cum adnumerata, admensa, adpensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulos metretas, aut in singulos modios, quos, quasve admensus eris: aut in singulas libras, quas appenderis: aut in singula corpora, quae adnumeraveris.*

§. 6. Ergo et si *grex* venierit: siquidem universaliter uno pretio: perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: si vero *in singula corpora* certo pretio, eadem erunt, quae *proxime* tractavimus.

§. 7. Sed et si *ex doliario* pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur) *antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere.* Nec interest, unum pre-

pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulos eos.

L. 1. §. 1. *D. h. t.* Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet: *priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit.* Post mensuram factam, venditoris desinit esse periculum: et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras, vel etiam singula dolia. (i. e. *per aversionem, quidquid in amphoris, et quidquid in doliis esset.*)

L. 5. *D. eodem.* Si amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum est; *donec admetiatur, omne periculum venditoris est*, nisi id per emtorem fiat. (sc. *quo minus admetiatur vinum, atque tollatur.*)

L. 2. *Cod. h. t.* Cum convenit, ut *singulae amphorae vini* certo pretio veneant: antequam tradantur, *imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emtoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit.* Cum autem universum, quod in horreis erat positum, venisse sine mensura, et claves emtoribus traditas, alleges post perfectam venditionem, quod vino mutato damnum accidit, ad emtorem pertinet. Haec omnia locum habent, non solum si vinum, sed etiam si oleum, vel frumentum, vel his similia venierint, et ea aut deteriorata, aut penitus corrupta fuerint.

Diese Gesetze unterscheiden also durchgehends bey einem Verkauf solcher Sachen, die aus mehreren Quantitäten beste-

bestehen, es sey Wein, oder Oel, oder Getraide u. dergl. auch sogar Heerden Vieh; ob das Ganze, es sey der ganze Vorrath des Verkäufers, oder nur ein bestimmtes Ganzes, z. B. ein Faß Wein, für einen Preis ohne Rücksicht auf Zahl und Maas; oder ob nach Zahl, Maas und Gewicht entweder das Ganze, oder einzelne Quantitäten desselben gekauft worden sind [16]. In dem ersten Falle ist der Kauf gleich perfect, sobald die Contrahenten über den Preis einig sind, denn die Waare ist hier ganz bestimmt. Die Gefahr geht also hier noch vor der Uebergabe auf den Käufer über, und zwar ohne Unterschied, sowohl das periculum interitus als periculum deteriorationis. In dem letztern Falle aber ist der Kauf bis zur erfolgten ungehinderten Zumessung, Zuzählung, oder Zuwägung noch imperfect. Die Gesetze erwähnen hier zwey Fälle. Erstens wenn von einem gewissen Ganzen nur einzelne Quantitäten gekauft worden sind, die durch Zumessen, Zuzählen oder Zuwägen von dem Ganzen erst abgesondert werden müssen. Z. B. es kauft Jemand aus einem Weinkeller (doliario) hundert Eymer Wein. Hier bleibt alle Gefahr so lange dem Verkäufer zur Last, bis die Zumessung erfolgt ist. Es muß ihm nur der Käufer daran nicht hinderlich gewesen seyn. Denn vor der Zumessung ist es noch ungewiß, welchen Theil des Weins der Käufer von dem Ganzen erhalten wird. Es kommt übrigens nicht darauf an, ob die 100 Eymer zusammen (in semel) für einen Preis erhandelt worden sind, oder der Preis Eymerweise bestimmt worden ist. Es ist auch gleichviel, ob das Ganze durch Zufall zu

16) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 981.

zu Grunde geht, oder nur ein Theil desselben [17]). Zweytens wenn der Käufer zwar das Ganze zusammen, aber Quantitätenweise kauft. Z. B. der Käufer kauft ein ganzes Faß Wein, dessen Quantum erst durch Zumessung ausgemittelt werden soll, und zwar dergestalt, daß er für jeden Eymer 30 Thlr. bezahlen will. Hier ist zwar die Species selbst, welche der Käufer erhalten soll, schon gewiß, dennoch aber muß der Verkäufer bis zur erfolgten Zumessung die Gefahr tragen, weil vor der Zumessung noch ungewiß ist, wie viel Quantitäten das gekaufte Ganze enthält, und wie viel daher der Käufer dafür zu bezahlen haben wird. Geht also vorher das Ganze zu Grunde, oder der Wein verdirbt, so trägt der Verkäufer diesen Schaden. Anderer Meinung ist jedoch Voet [18]. Dieser behauptet, wenn Jemand ein gewisses Ganzes für einen nach dem Verhältniß der durch die Zumessung erst auszumittelnden Quantität zu bestimmenden Preis kauft, so müsse der Käufer auch noch vor der Zumessung die Gefahr übernehmen, wenn man nur darüber einig sey, wieviel für jede einzelne Quantität bezahlt werden solle. Denn die Zumessung mache hier keine Bedingung des Contracts aus, von welcher die Gültigkeit desselben abhängig sey, sondern sey nur als ein modus et demonstratio quaedam quantitatis *vini pure pleneque distracti* anzusehen. **Franz Alef** [19]) nimmt zwar auch

17) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 35. §. 7. D. de contrah. emt.

18) VOET Commentar. in Pand. h. t. §. 4.

19) Diss. cit. de eo, quod iustum est, circa pericul. et commod. rei vend. Cap. III. §. 41.

auch diese Meinung, aber doch nur unter der nähern Bestimmung an, wenn der Verkäufer versichert hätte, das Ganze enthalte eine bestimmte Anzahl von Quantitäten, und der Käufer, sich auf diese Versicherung verlassend, ein dieser Quantität angemessenes Kaufgeld versprochen hätte. Hier sey der Handel gleich perfekt, und der Wille der Contrahenten gehe blos dahin, daß wenn sich beym Zumessen eine geringere Quantität findet, als angegeben worden, soviel vom Preis verhältnißmäßig abgehe, als der Abgang der Waare beträgt, der Ueberschuß aber ein Gewinn für den Käufer sey. **Samuel Friedrich Willenberg** [20]) hingegen meint, daß man, wenn der Verkäufer bey dem Verkauf eines gewissen Ganzen die Quantität angegeben habe, drey Fälle unterscheiden müsse. Die Quantität ist a) nur demonstrative angegeben, z. B. ich verkaufe dir diesen Haufen Getraide, welcher ohngefähr 100 Scheffel enthält. Dieser Kauf sey für einen wahren Aversional Handel zu halten, die Gefahr gehe also gleich auf den Käufer über, denn der Preis bleibe hier der nämliche, es möge sich bey der Ausmessung eine größere oder geringere Quantität finden. b) Die Quantität des Ganzen ist restrictive angegeben, z. B. der Verkäufer verkauft dem Käufer einen Haufen Getraide von 100 Scheffeln. Hier komme es auf eine Vermessung an, und bis dahin habe der Verkäufer die Gefahr. Dieser müsse für den Defect stehen, aber auch der Ueberschuß gehöre ihm. c) Die Quantität sey modificative beygefügt, z. B. ich kaufe

20) Exercitat. de periculo rei ad quantitatem vel gustum venditae, in *Eius* Selectis iurisprud. civilis. P. I. Exercitat. XVII. §. 3—7.

kaufe dir diesen Haufen Getraide ab, er muß aber 100 Scheffel enthalten. Hier trage der Käufer die Gefahr vor der Zumessung, dafür lucrire er auch den Ueberschuß, und findet sich weniger, so könne er diesen Defect von dem Kaufgelde abrechnen. Mir scheinen aber alle diese Meinungen mit den angeführten Gesetzen nicht überein zu stimmen, welche vielmehr den Grundsatz feststellen, so oft es bey einem Handel noch auf eine Zumessung, Zuzählung oder Zuwägung ankommt, um entweder die dem Käufer zu übergebenden Theile von einem gewissen Ganzen zu bestimmen, oder um die Größe oder Quantität des gekauften Ganzen auszumitteln, und darnach den Preis zu bestimmen, so ist der Kauf nicht eher perfect, als bis die Zumessung, Zuzählung oder Zuwägung erfolgt ist, wenn auch der Käufer die Waare, wie er sich vorbehalten hat, versucht, und gut befunden hätte; bis dahin trifft also der Schaden des Zufalls den Verkäufer [21]). **Voet** beruft sich zwar zur Begründung seiner Meinung auf die *L.* 10. §. 1. *D. h. t.* wo **Ulpian** sagt: In *libro septimo Digestorum* JULIANI SCAEVOLA notat: Fundi nomine emtor agere non potest, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum, aut chasmate, aliove quo casu pars fundi interierit. Allein es wird hier weiter nichts gesagt, als daß der Käufer wegen des ihm verkauften Grundstücks nicht auf Entschädigung klagen könne, wenn vor der Ausmessung desselben ein Theil davon durch Ueberschwemmung oder durch einen Erdfall untergegangen ist. Ob aber der Verkäufer gegen ihn auf die Bezahlung des ganzen Kaufgeldes klagen könne,

21) GENSLER cit. Commentat. §. 8. et not. 16.

könne, wird hier nicht entscheiden [22]). Wir haben also hier nicht nöthig, mit Anton Faber [23]) anzunehmen, daß man bey unbeweglichen Sachen, welche ad mensuram verkauft worden, eine Ausnahme von der Regel, nach welcher sonst ein solcher Kauf bedingt, und vor der Admensuration noch imperfekt sey, gemacht habe. Eben so wenig bedarf es einer Emendation der Leseart, zu welcher Peter Burgius [24]) seine Zuflucht nimmt, welcher *in libro septimo Digestorum Juliani sententiam Scaevola notat* lesen, und diese Stelle so verstehen will, daß hier die Meinung des Julianus vom Scävola in seinen Digesten sey verworfen worden. Denn wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß diese Leseart wirklich in verschiedenen Ausgaben, und Handschriften der Pandecten gefunden wird [25]); auch nicht bezweifelt werden kann, daß Scävola über Julians Digesten Noten geschrieben habe, wovon die Ueberschrift der *L. 54. D. de pactis* nach meiner Einsicht einen überzeugenden Beweiß giebt; so kann doch das Wort *notare* hier nicht für reprehendere genommen werden, weil ja sonst Scävola die Meinung des Julianus mit Unrecht getadelt hätte, wie auch Gerhard Noodt [26]) mit Recht erinnert hat.

Wenn

22) S. *Bartholom.* CHESIUS Interpretation. iuris Lib. II. Cap. 34. nr. 10. pag. 166. (*Liburni* 1657. f.) und Westphal vom Kauf §. 599.

23) Rational. in Pand. ad L. 10. §. 1. D. h. t.

24) Elector. Cap. XIII. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 333.)

25) So lieset z. B. Petrus ab Area Baudoza Cestius; und unsere Erlanger Pandecten Handschrift hat: Idem libro 6. Digestorum Iuliani sententiam Scaevola notat.

26) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Similiter*. pag. 414.

Wenn nun aber auch gleich der Verkäufer bis zur erfolgten Zumessung, Zuzählung, oder Zuwägung die Gefahr ohne Unterschied behält, so muß er deswegen doch auch bis dahin custodiam prästiren. Nicht nur **Ulpian** lehrt dieses *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* wenn er sagt: Sed et *custodiam* ad diem mensurae venditor praestare debet; sondern **Cajus** bestimmt diese custodia noch näher, wenn er *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* sagt: CUSTODIAM autem *ante admetiendi diem* qualem praestare venditorem oporteat, utrum *plenam*, ut et *diligentiam* praestet: an vero dolum duntaxat, videamus? Et puto, *eam diligentiam venditorem exhibere debere,* ut fatale damnum, vel vis magna, sit excusatum. Die Ausleger haben zwar auch bey diesen Stellen Schwierigkeiten gefunden. **Gerhard Noodt** [27]) glaubt, von einer custodia könne hier gar keine Rede seyn, denn die Frage sey de casu, modum custodiae diligentiaeque egrediente. Es hätte also in den angeführten Stellen nicht custodia, sondern periculum heissen sollen; zumal da **Ulpian** sage: priusquam admetiatur vinum, prope quasi nondum venit. Ihm stimmt auch **Pothier** [28]) bey. **Anton Faber** [29]) hingegen nimmt mit **Accursius** einen solchen Fall an, wo vinum doliare, (Wein in bestimmten Fässern [30]), wovon in

27) Comment. ad Dig. h. t. §. *Initium* pag. 413.

28) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XIII. not. c. pag. 511.

29) Rational. in Pandect. ad L. 2. §. 1. D. h. t.

30) S. *Guil.* BUDAEI Annotation. prior. et posterior. in Pand. ad L. 1. §. 4. D. h. t. pag. 159. (*Lutetiae* 1556. f.)

in der *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* die Rede war, also per modum speciei, non generis gekauft, und das Zumessen, wozu die Contrahenten einen gewissen Tag bestimmt hatten, nicht sowohl dazu geschehen sollte, ut appareret, quantum emeretur, sed ut appareret, quantum emtori aut perisset, aut non perisset, so daß also die Perfection des Kaufs selbst nicht von der Zumessung sey abhängig gemacht worden. Atque ita omnino, sagt **Faber**, meo iudicio sentiendum est. *Quoties enim periculum rei venditae ad emtorem pertinet, toties dicimus venditorem interim, et ad traditionem usque, custodiam praestare debere. Quoties autem custodiam praestare venditor debet, toties dicimus, et a fatali damno, et a vi maiore excusandum eum esse. Qua enim custodia vel diligentia assequi quisquam possit, ne damnum iniuria ab alio patiatur?* Allein ich kann hier weder der Emendation des **Noodt**, noch der Erklärung des **Faber** beystimmen. Wie unnütz und zwecklos müßte nicht eine solche Zumessung seyn? und wer sollte wohl glauben, daß die Contrahenten dazu einen Tag bestimmt haben sollten, wenn nicht ihre Absicht gewesen wäre, daß der Handel erst dadurch seine Perfection erhalten solle? wie dieses auch durch die Worte der *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit, deutlich genug ausgedrückt wird. Es kann ja sehr wohl mit einander bestehen, daß der Verkäufer bis zum Tage der Zumessung alle Gefahr trägt, und nichts desto weniger auch custodiam prästiren muß, wie schon **Bartholomäus Chesi** 31) sehr gründlich ausgeführt hat. Denn wenn auch

31) Interpretat. iuris Lib. II. Cap. 34. nr. 4—9. p. 165.

auch der Kauf, so lang die Zumessung noch nicht erfolgt ist, noch nicht für perfect gehalten werden kann; so ist er doch schon dergestalt verbindlich, daß es keinem von beyden Theilen erlaubt ist, von dem Handel abzugehen Der Käufer erwirbt ja aus einem, sogar unter einer bloßen Casual-Bedingung, geschlossenen Kaufe wenigstens ein künftiges Recht, sey es auch nur, wie Justinian [32]) sagt, eine spes debitum iri; um wie viel mehr ist dieses in dem Falle zu behaupten, wenn die Erfüllung der Bedingung so ganz in der Macht der Contrahenten steht, wie die Bedingung der Zumessung, durch welche überhaupt nur die Quantität der gekauften Sache bestimmt und ausgemittelt werden soll. Mensura enim, sagt Paulus *L.* 34. §. 5. *D. de contrah. emt.* non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, *sed ut appareat, quantum ematur.* Da also dem Käufer daran gelegen ist, daß die Bedingung erfüllet werde, und der Contract seine Perfection erhalte, so kann es ja unmöglich in der Willkühr des Verkäufers stehen, die Sache zu vernachläßigen. Es liegt ihm vielmehr ganz natürlich die Verbindlichkeit ob, dieselbe so zu verwahren, daß sie nicht durch seine Schuld zu Grunde gehe, und die Klage des Käufers auf Zumessung nicht vereitelt werde; weil er sonst den Käufer alles Interesse vergüten muß [33]). So schließt also die Uebernehmung des periculi die Pflicht zur custodiae praestatio keinesweges aus; beydes äussert sich vielmehr in seiner Wirkung auf ganz verschiedene Art. Denn geht die Sache ohne alle Schuld des Verkäufers zufäl-

32) §. 4. *I.* de verbor. obligat.

33) *L.* 36. *D. de act. emti et vend.*

zufällig zu Grunde, so ist die Folge der von dem Verkäufer zu tragenden Gefahr blos die, daß er jetzt das Kaufgeld nicht fordern kann, oder das schon empfangene wieder herausgeben muß; allein ist die Sache durch omissio custodiae zu Grunde gegangen, so kann der Verkäufer nicht nur kein Kaufgeld fordern, sondern er muß noch überdem dem Käufer allen Schaden ersetzen [34]. Ist die Zumessung erfolgt, und diese, wie gewöhnlich, mit der Uebergabe verbunden, so hört auf Seiten des Verkäufers mit der Verbindlichkeit zur custodia auch alle Gefahr auf [35]. So gewiß dieses an sich ist, so wenig ist man darüber einig, ob der Verkäufer bis zur erfolgten Zumessung custodiam plenam, und also exactissimam in servanda re diligentiam, oder nur custodiam ordinariam, und also gewöhnlichen Fleiß zu prästiren habe? Man glaubt, ersteres würde einer vernünftigen Legislation, ja dem gemeinen Wohl entgegen streiten [36]. Denn wer würde etwas auf Zumessung verkaufen wollen, wenn er bis dahin, da diese erfolgt ist, die Sache mit dem möglichst größten Fleiß verwahren, und also für das kleinste Versehen haften müßte, falls die Sache zu Grunde gehen sollte? Unmöglich könne daher dieses die Meinung der *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* seyn, oder Cajus hätte eine ganz singulaire Meinung behauptet, der kein anderer Rechtsgelehrter Beyfall gegeben hätte. Etwas Anders wäre es freylich, wenn der Kauf seine Per-

 fection

34) S. GENSLER cit. Comm. de E. V. quae fit ad mensuram etc. §. 4. Not. 11. pag. 12.

35) GENSLER cit. Commentat. §. 5.

36) GENSLER cit. Commentat. §. 11.

fection erreicht hat. Hier müsse natürlich, wie Paulus lehrt *L.* 3. *D. h. t.* der Verkäufer custodiam talem prästiren, quam praestant hi, quibus res commodata est. Allein dort sey ja der Kauf bis zur erfolgten Zumessung noch imperfect. In diesem Fall brauche er nur custodiam schlechthin zu prästiren, das ist, die Sache ordentlich zu verwahren. So lehre auch Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Cajus habe viel zu unbestimmt sich ausgedrückt, als daß man aus seinen Worten mit Gewißheit schließen könne, er habe bey der dem Verkäufer auferlegten Verbindlichkeit zur custodia gerade an den höchsten Fleiß gedacht. Es leuchte vielmehr in die Augen, daß er blos die beyden äußersten Gränzen der custodia berührt habe, nämlich dolus und diligentia, und zwar letztere für diligentia summa genommen; die ihm vorgelegte Frage habe er aber so entschieden, daß der gewöhnliche oder mittlere Fleiß nicht ausgeschlossen sey. Unius positio non est alterius exclusio [37]). Allein man kann immerhin zugeben, daß die custodia ihre Grade habe, sonst gäbe es keine custodia plena. Daß aber dennoch auch hier dieselbe custodia bis zur Zumessung zu prästiren sey, welche der Verkäufer, ausser dem Fall der Zumessung, bis zur Uebergabe prästiren muß, lehrt Cajus unverkennbar. Es ist hier nicht zu übersehen, daß die *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* aus des Cajus *libris rerum quotidianarum* genommen ist. Diese Bücher enthielten eine Darstellung der gangbarsten Rechtsmaterien, worin Cajus die Theorie, und was besonders ad fundamenta iuris gehörte, in den am meisten practischen Bezie-

37) Westphal vom Kauf. §. 569.

Beziehungen entwickelt hat [38]. Schon diese Bemerkung überzeugt uns, daß Cajus hier ganz bestimmte Rechtssätze, und keine singulaire Meinungen vorgetragen habe. Es ist aber auch in der That gar kein Grund abzusehen, warum in dem Falle eine andere custodia zu prästiren seyn sollte, wenn etwas unter der Bedingung der noch erst zu erfolgenden Zumessung verkauft worden, als in dem Falle, da der Handel unbedingt geschlossen worden ist. Muß nun in dem letztern Falle der Verkäufer custodia plena prästiren, gleich dem Commodatar; warum nicht auch in dem ersten Fall? da ja die Unvollkommenheit des Contracts das Recht des Käufers nicht mindert, und die Erfüllung der Bedingung, von welcher die Perfection desselben abhängt, hier erzwungen werden kann. Wie kann endlich zwischen zwey Extremen noch ein Mittleres denkbar seyn, wenn Cajus sagt, der Verkäufer solle bis zum Tage der Zumessung eam diligentiam prästiren, *ut fatale damnum, vel vis magna, sit excusatum?* Soll ihn nur ein unabwendlicher Zufall von der Leistung des Interesse befreyen, so muß er also wohl für jedes, auch das kleinste Versehen, verantwortlich seyn. Es läßt sich daher zwischen **Ulpian** und Cajus durchaus kein Widerspruch annehmen. Ist der Käufer säumig sich die Waare, der Verabredung gemäß, zumessen zu lassen; so geht nun die Gefahr auf den Käufer über, und der Verkäufer steht nur für dolus und culpa lata [39]. Braucht der Verkäufer

38) S. Göschen über die Res quotidianae des Cajus; (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Savigny, Eichhorn und Göschen 1. Band 1. Heft (Berlin 1815.) Nr. IV. S. 69. ff.)

39) *L.* 5. *L.* 17. *D. h. t.*

käufer seine Fässer selbst, und er muß fremde miethen, so muß ihm der Käufer das Miethgeld ersetzen, oder hätte er seine Fässer vermiethen können, wenn der Wein wäre gehörig abgeholt worden, so muß dem Verkäufer auch dieser entgangene Gewinn vergütet werden. Kann er seine Fässer wegen der eingetretenen Weinlese nicht entbehren, und weil jeder die seinigen braucht, auch keine fremden miethen, so kann er den Wein an einen Andern verkaufen, und was er jetzt weniger dafür erhält, muß ihm der Käufer vergüten. Kann der Verkäufer den Wein auch nicht auf diese Art anbringen, so ist es ihm sogar erlaubt, den Wein wegzuschütten. Ehe jedoch der Verkäufer zu diesem Extrem schreitet, so muß er den Käufer nochmals vor Zeugen auffordern, den Wein abzuholen, und ihm ankündigen, daß er widrigenfalls den Wein weggießen werde. Es muß aber doch der Wein, ehe er weggegossen wird, gemessen werden, unstreitig in Gegenwart von Zeugen, damit man weiß, wie viel Wein für Rechnung des Käufers weggeschüttet worden ist, und ihm nicht mehr angerechnet werde, als der Verkäufer ausgegossen hat [40]).

L. 1. §. 3. *D. h. t.* Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit, nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, prius quam testando denunciet emtori, *ut aut tollat vinum, aut sciat futurum, ut vinum effunderetur.* Si tamen, cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere;

40) S. Westphal vom Kauf §. 563. und GENSLER Commentat. cit. §. 10. pag. 26. sqq.

re; sed ita demum, si interfuit eius, inania esse vasa, in quibus vinum fuit, veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem conduci vasa, nec reddi vinum, nisi, quanti conduxerit, ab emtore reddatur; aut vendere vinum bona fide, id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emtori.

L. 1. §. 4. *D. eod.* Si doliare vinum emeris, nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur, quam ad vindemiam opera eorum [41]) futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere, et effundere [42]). Veteres enim hoc pro-

41) Das Wort Opera wird hier gegen den eigentlichen Sprachgebrauch für usus genommen. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad h. L. pag. (137.) glaubt hier wieder einen Beweis für seine Hypothese zu finden, daß unsere Pandecten aus dem Griechischen wären übersetzt worden.

42) Einige Rechtsgelehrten wollen daran zweifeln, daß es dem Verkäufer im Ernst erlaubt sey, den Wein wegen der Saumseligkeit des Käufers auszuschütten. Sie halten das hier Gesagte für Scherz und Ironie. Denn wie könne ein Korb, der aus Weiden geflochten ist, zum Maaße dienen? gewiß so wenig als ein Sieb; da das eine so wenig, als das andere etwas Flüßiges zusammenhält. S. CUJACIUS Observation. Lib. II. cap. 36. *Dionys.* GOTHOFREDUS in Not. ad h. §. 4. L. 1. D. h. t. und *Tussan.* DE LA RUE Amoenae iuris Observationes. Dec. II. cap. 3. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom.

propter mensuram suaserunt, si quanta mensura esset, non appareat, videlicet, ut appareret, quantum emtori perierit.

L. 2.

Tom. V. pag. 1507.) Allein man sehe dagegen *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 25. §. 2. *Corbis* muß allerdings, eben so wie culeus, ein gewisses Weinmaas gewesen seyn, welches flüßige Sachen in sich faßte, bis man sie, wenn das Maas voll war, durch eine vielleicht am Ende angebrachte Oefnung, (subducta lamina coriove) wieder auslaufen ließ. S. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad h. L. §. 2. pag. 788. sq. IENSIUS in Strictur. pag. (138.) sagt *Corbis* sey hier eben das, was bey Hesychius *κόφινος* sey, nämlich *μέτρον χωροῦν τρεῖς χοας*, i. e. vini mensura tres choas capiens. Man sehe auch *Guil.* BUDAEUS Notae prior. et poster. ad. Pand. ad h. L. Ein Spaß wäre also hier am unrechten Orte angebracht! *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. glaubt vielmehr, der Verkäufer könne sich seines Rechts, den Wein auszuschütten, sofort bedienen, wenn ihm auch die gelindern Auskunftsmittel zu Gebote gestanden hätten. Eben so *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 413. Noch bemerke ich aus *M.* PORCIUS CATO de re rustica. Cap. 148. daß sich der Käufer, zur Ausmittelung des Quantums, auch der Eidesdelation habe bedienen können. Uebrigens sagt auch dieser Klassiker, es sey so gar beym Weinverkauf eine gewöhnliche Clausel gewesen: Si emtor non deportaverit, *dominus vino, quid volet, faciet.* WILLENBERG in Exercit. cit. de periculo rei ad quantitatem vel gustum vend. §. 11. erklärt hingegen das EFFUNDERE so, daß der Verkäufer, wenn er seine Weinfässer selbst braucht, den verkauften Wein, welchen sich der Käufer nicht auf die geschehene Ankündigung habe zumessen lassen, nun in andere, auch dazu nicht geeignete offene Gefäße, auf des Käufers Gefahr, solle abfüllen können, wo er seine Stärke verliert, und leicht verderben kann; weil es eine Sünde wäre,

den

L. 2. *D. eodem.* Hoc ita verum est, si is est venditor, cui sine nova vindemia non sint ista vasa necessaria: si vero mercator est, qui emere vina, et vendere solet, is dies spectandus est, quo ex commodo venditoris tolli possint.

2) Wenn Etwas in genere gekauft worden, wovon die zu übergebende Species noch erst durch die Wahl zu bestimmen ist. Hier ist der Verkäufer, als debitor generis, von seiner Verbindlichkeit nicht frey, wenn vor der Tradition aus dem genere einzelne Species zu Grunde gehen; sondern er muß den Schaden tragen. Denn es war ja noch ungewiß, welche Species der Käufer erhalten sollte. Wird aber das ganze genus, ohne des Verkäufers verantwortliche Schuld, zufällig vernichtet, so wird zwar der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit, den Contract zu erfüllen, befreyet, ob aber der Käufer den bedungenen Preis dennoch zu bezahlen schuldig sey, ist zweifelhaft? Herr Hofrath Thibaut [43]) glaubt dieses ohne Bedenken bejahen zu können: Denn man setze, der Käufer habe dem Verkäufer unbedingt eins von seinen Pferden, die alle von gleichem Schlage und Preise sind, abgekauft. Hier ist ja auch das gekaufte mit gefallen, wenn sie alle gefallen sind. Er führt auch

den Wein auf die Erde zu schütten. Allein Ulpian erkennt ja hier selbst an, was er *L.* 144. *D. de div. reg. iur.* sagt: Non omne, quod licet, honestum est; und lobt den Käufer, wenn er es zu diesem Extrem nicht kommen läßt. Man vergleiche übrigens noch SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercitat. XXX. §. 117.

43) System des Pand. Rechts 1. Th. §. 175. lit. B. S. 135. der 4. Ausgabe.

auch noch mehrere Gesetzstellen [44]) an, von denen aber freylich keine einzige hierher gehört, wie Herr Hofr. Gesler [45]) gezeigt hat, welcher daher mit Lauterbach [46]) anderer Meinung ist, weil ein in genere geschlossener Kauf nicht eher für perfect zu halten sey, als wenn die Sache dem Käufer in specie tradirt worden ist. Diesen Grund braucht auch Wilhelm Prousteau [47]). Ausser Zweifel ist es jedoch

3) daß bey einem alternativ geschlossenen Kaufe zwar vor der Wahl der Verkäufer den Verlust trage, wenn eine von beyden Sachen zu Grunde geht; der Käufer jedoch den bestimmten Preis bezahlen müsse, wenn vor der Wahl alle beyde verloren gehen. Dieß lehrt uns Paulus *L.* 34. §. 6. *D. de contrah. emt.* Si emtio ita facta fuerit, *est mihi emtus Stichus, aut Pamphilus,* in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus; sed uno mortuo, qui superest, dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorem,

44) *L.* 42. *D. de iure dot. L.* 1. §. 4. *D. de obligat. et act. L.* 30. §. 5. *D. ad Leg. Falcid.*

45) Cit. Commentat. §. 4. not. 10. lit. A. pag. 9. sq.

46) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 15. et 21.

47) Recitation. ad L. 23. Dig. de reg. iuris. Cap. XVII. §. 9. (in *Thes. Meerman* Tom. III. pag. 517.) Die *L.* 14. §. 1. *D. h. t.* worauf er sich beruft, gehört jedoch nicht hierher. Denn das Wort *materia* bezeichnet hier kein genus, sondern eine res in specie certa, nämlich trabes venditae, verkaufte Balken, oder Bauholz. Denn wie könnte sonst von einem Diebstahl derselben die Rede seyn? wie auch schon *Ulr.* HUBER in Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 5. bemerkt hat.

rem, posterioris ad emtorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur: *unus enim utique periculo emtoris vixit.* Es erhellet zugleich aus diesem Gesetz, daß bey einem alternativen Kaufe der Verkäufer, als Schuldner, die Wahl habe, diese Wahl aber nur so lange daure, als sie möglich ist. Ist also nur noch eine von beyden Sachen übrig, so muß diese dem Käufer gegeben werden, weil der Verkäufer sein Wahlrecht verloren hat, das Recht des Käufers hingegen nicht blos auf jene erste Sache beschränkt war [48]). Sind hingegen beyde Sachen vor der Wahl durch Zufall zu Grunde gegangen, es sey zugleich, oder eine nach der andern; so trägt der Käufer den Zufall so, daß er den bedungenen Preis für eine derselben bezahlen muß, weil ihm doch eine von beyden hätte übergeben werden müssen [49]). Ein Gleiches würde indessen Statt finden, wenn sich auch der Käufer die Wahl vorbehalten hätte, wie **Paulus** ebenfalls bemerkt, wenn er noch hinzufügt: Idem dicendum est, *etiamsi emtoris fuit arbitrium, quem vellet, habere:* si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut, quem voluisset, emtum haberet, non et illud, an emtum haberet.

Noch ist zu bemerken, daß wenn Waaren von einem entfernten Ort her verschrieben werden, die Absendung derselben immer auf die Gefahr des Käufers geschie-

het,

48) *L.* 128. *in fin. D. de verb. obligat. L.* 95. *pr. et* §. 1. *D. de Solution. L.* 47. §. 3. *D. de legat. I. Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 34. §. 6. D. de contr. emt.

49) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. Westphal vom Kauf. §. 587.

het, wenn auch gleich der Preis noch nicht bestimmt worden wäre, weil derjenige, welcher die Waaren verschreibt, sich anheischig macht, den Preis dafür zu bezahlen, um welchen sie dort verkauft zu werden pflegen [50]).

§. 1037.

Ausnahmen von der Regel, daß die Gefahr nach geschlossenem Kaufe auf den Käufer übergeht.

Die Regel, daß nach richtig gewordenem Kaufe den Käufer die Unglücksfälle treffen, leidet folgende Ausnahmen.

1) Wenn ausdrücklich verabredet worden, daß der Verkäufer bis zur Uebergabe der Sache die Gefahr tragen solle. Daß ein solcher Vertrag gelte, hat keinen Zweifel [51]).

2) Wenn die Sache durch eine solche Culpa des Verkäufers zu Grunde gegangen ist, die er zu vertreten hat, oder wenn der Untergang der Sache dadurch verursacht wurde, daß der Verkäufer die zur Erhaltung derselben nöthigen Kosten aufzuwenden unterließ [52]).

3) Wenn

50) S. Struben rechtliche Bedenken. Th. 2. Bed. 75. und HOMMEL Rhapsod. quaestion. forens. Vol. V. Obs. 608. et Obs. 689.

51) *L.* 35. §. 4. *de contrah. emt. L.* 1. *pr. et L.* 10. *pr. D. h. t.* S. GENSLER Commentat. cit. §. 9. und *Ge.* FRANTZKE Comm. ad Dig. h. t. §. 20.

52) §. 3. *I de emt. et vendit.* L. 11. *D. h. t. L.* 13. §. 22. *L.* 36. *D. de act. emti et vend.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6.

3) Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe säumte, und durch diesen Verzug der Schade verursacht worden ist [53].

4) Wenn die Sache wegen eines alten Fehlers zu Grunde ging, der schon zur Zeit des Contracts vorhanden, und dem Käufer unbekannt war [54]. Hier ist die Sache zur Redhibitorischen Klage geeignet. Wenn hingegen der Verkäufer wußte, daß sich die Sache nicht halten werde, und solches dem Käufer nicht angezeigt hat, so haftet er ihm für alles Interesse [55].

§. 1038.

Vortheile des Käufers nach geschlossenem Kaufe.

Die andere oben (§. 1033.) aufgeworfene Frage betrift die Vortheile und Lasten der verkauften Sache. Hier sind folgende Grundsätze zu bemerken. I. Dem Käufer gehören von dem Augenblick an, da der Handel zur Richtigkeit kam, alle Vortheile der Sache, die nur ein Eigenthümer haben kann [56]. Nam et *commodum* eius esse debet, cuius periculum est, sagt Justinian §. 3. *I. de emt. vendit.* Ihm gehören also 1) alle accessiones

53) *L.* 4. *L.* 6. *Cod. h. t.* LAUTERBACH cit. loc. §. 7.

54) *L.* 1. *L. ult. Cod. h. t.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de div. reg. iur. Cap. XVII. §. 17. und LAUTERBACH cit. loc. §. 9.

55) *L.* 15. *D. h. t.*

56) *L.* 1. *Cod. h. t.* Post perfectam venditionem OMNE COMMODUM, et incommodum, quod rei venditae contingit, ad emtorem pertinet. S. Westphal vom Kaufe. §. 581. u. 590.

nes rei venditae, z. B. was dem verkauften Grundstück durch Alluvion oder vis fluminis zuwächst [57]. Ferner partus ancillae [58]. Nicht minder der Gewinn des erhöheten Werthes [59]. Ob ihm aber auch der vor der Uebergabe gefundene Schatz gehöre? ist streitig. Die meisten Rechtsgelehrten [60]) verneinen dieses aus dem Grund, weil der Verkäufer vor der Uebergabe noch Eigenthümer der verkauften Sache bleibe. Qui nondum rem emtori tradidit, *adhuc ipse* DOMINUS *est*, sage Justinian §. 3. *in fin. I. de emtione et vendit.* ausdrücklich. Nach der

57) *L. 7. D. h. t.* Id quod post emtionem fundo accessit *per alluvionem*, vel periit, ad emtoris commodum incommodumque pertinet.

58) *L. 4. §. 1. D. de Usuris et fruct. et omnib. accession.*

59) *L. 12. Cod. h. t.* Sicut periculum vini mutati, quod certum fuerit comparatum, (id est, *in specie, non in genere)* ad emtorem, ita *commodum aucti pretii pertinet.*

60) *Ge.* FRANTZKE Commentar. in Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 211—217. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 103. MÜLLER ad *Eundem* not. ε. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 36. *Io. Henr.* BERGER Resolution. Legg. obstant. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 11. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Tit. de action. emti et venditi. Qu. 15. *Io. Ger.* SCHLITTE Diss. de thesauro in fundo vendito ante traditionem reperto. *Halae* 1724. *Christ. Henr.* BREUNING Diss. de iure thesauri in fundo vendito non tradito. *Lipsiae* 1769. *Aug. Corn.* STOCKMANN Diss. de acquirendo per occupationem rerum dominio Observationes. *Lipsiae* 1806. Cap. II. §. 14. pag. 43. Christ. Heinr. Gottl. Köchy Civilist. Erörterungen. 1. Samml. (Leipzig 1797. 8.) Nr. VII. S. 246. Not. z.

der Verordnung des Kaisers Hadrian, welche Justinian §. 39. *I. de rer. divis.* bestätiget hat, gehöre aber der Schatz dem Finder, der ihm auf seinem Eigenthume gefunden hat. Man glaubt ferner, auch die *L.* 67. *D. de rei vindicat.* beweise sehr deutlich, daß der auf dem verkauften Grundstück gefundene Schatz dem Käufer nach Grundsätzen der Accession nur dann zugehöre, wenn zur Zeit der geschehenen Invention das Eigenthum durch die erfolgte Uebergabe auf den Käufer bereits übertragen war. Ueberdem sey der Schatz als ein donum fortunae anzusehen, und stehe daher mit dem verkauften Grundstück in keiner Verbindung, sondern mache eine res prorsus separata aus [61]). Andere [62]) hingegen sprechen den vor der Uebergabe auf dem verkauften Grundstück gefundenen

61) *L.* 63. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* *L.* 3. §. 3. *D. de acquir. vel. amitt. possess.*

62) *Andr.* ALCIATUS Parergor. Lib. VII cap. 1. FERANDUS ADDUENSIS Explication. Lib. II. cap. 28. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 529.) *Henr.* NEBELKRAE Lib. I. Decis. 9. *Gottl. Ger.* TITIUS Observation. ad *Lauterbachium*. Obs. 575. *Iac. Frid.* LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 2. *Ioach.* SCHOEPFFER Synops. iur. Rom. Tit. de act. E. et V. nr. 14. *Ge.* BEYER Delineat. iur. civ. sec. Pandect. Lib. XIX. Tit. 1. Posit. 44. *Io. Gottfr.* SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 1. MARTINI Diss. an thesaurus in fundo emto cum moneta viginti annorum excusa inventus ad venditorem potius, quam emtorem pertineat? *Erfordiae* 1709. LINCKE Diss. de emtore ante traditionem rei venditae thesaurum vel eius partem acquirente. *Argentor.* 1724. *Iust. Henn.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 11. und *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 175. in fin.

denen Schatz, und zwar, wie ich glaube, mit Recht, dem Käufer zu, so weit er wenigstens iure accessionis erworben wird. Denn ist gleich der Verkäufer bis zur Uebergabe noch Eigenthümer der Sache, so ist er es doch nur in Rücksicht eines jeden Dritten. Daher kann nur er, nicht aber ohne Cession der Käufer, die Reivindication, die condictio furtiva, die actio Legis Aquiliae, die actio furti, die actio aquae pluviae arcendae, das interdictum quod vi aut clam, wegen der an der Sache gewagten Unternehmungen, oder Beschädigungen Anderer, anstellen [63]). Im Verhältniß zum Käufer aber ist der Verkäufer als ein debitor speciei anzusehen, der sich in Rücksicht der verkauften Sache durchaus keine Vortheile mehr zueignen kann, sie haben Namen, wie sie wollen, vielmehr in dieser Hinsicht die verkaufte, wenn gleich noch nicht übergebene Sache, als eine ihm nicht mehr gehörige, anzusehen hat. Es kann daher dem Verkäufer die Verordnung des Krs. **Hadrian** nur in sofern zu statten kommen, daß ihm die Hälfte des Schatzes als Finder gebührt, dahingegen er die andere Hälfte eben so, wie jede andere accessio, dem Käufer um so mehr herausgeben muß, als demselben nach der Verordnung des Kaisers **Alexander** *L. 1. Cod. h. t.* von Zeit des abgeschlossenen Kaufs an, OMNE COMMODUM, ohne irgend eine Ausnahme zu machen, und also in eben dem Umfange gehören soll, wie ihn das incommodum trift, quod rei venditae contingit. Die *L. 67. D. de rei vind.* entscheidet hierüber gar nichts. **Scävola** sagt: A tutore

63) §. 3. *I. de emt. et vend. L. 13. §. 12. D. de act. emti et vend.*

tore pupilli domum mercatus, ad eius refectionem fabrum induxit. Is pecuniam invenit. Quaeritur ad quem pertineat? Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata, nihilo minus eius eam esse, cuius fuerat. Es war nämlich zwischen dem Käufer eines Hauses, und dem Vormund eines Pupillen, von welchem erster das Haus gekauft hatte, ein Streit darüber entstanden, wem das, bey Gelegenheit einer von dem Käufer, vermuthlich wohl erst nach erfolgter Uebergabe, unternommenen Reparatur, von dem Handwerksmann bey seiner Arbeit in dem Hause gefundene Geld gehöre? Scävola entscheidet diesen Fall so, daß das gefundene Geld, wofern es kein eigentlicher Schatz ist, sondern verloren, oder aus Versehen von demjenigen, dem es gehört, nicht hinweggenommen seyn sollte, dem vorigen Eigenthümer verbleiben müsse. Er giebt nun zwar hierdurch zugleich zu erkennen, daß sich die Sache ganz anders verhalten würde, wenn das gefundene Geld ein Schatz wäre. Allein er hat doch darüber weiter nichts entschieden [64]. Dem Käufer gehören ferner nach der Perfection des Contracts auch 2) alle Nutzungen der Sache. Um dieses näher zu bestimmen, ist zwischen natürlichen und bürgerlichen Früchten zu unterscheiden. a) Die natürlichen Früchte, so ferne sie zur Zeit des geschlossenen Kaufs schon von der Sache abgesondert waren, verbleiben zwar dem Verkäufer;

64) S. *Christ. Gottl.* RICHTER Exercit. iur. civ. de iure thesauri a mercenario inventi. *Lipsiae* 1773. Cap. III. § 5.

ser [65]); diejenigen Früchte aber, welche zu der Zeit noch hingen, wenn sie auch gleich zur Ernde reif waren, oder erst in der Folge sind eingeärndet worden, gehören dem Käufer [66]); und macht sich der Verkäufer bey der Uebergabe eines Verzugs schuldig, so haftet er dem Käufer auch sogar wegen der vernachläßigten Früchte [67]). Es ist eine irrige Meinung, wenn einige Rechtsgelehrten [68]) haben behaupten wollen, daß ausser der Perfection des Handels, auch noch die Bezahlung des Kaufgeldes erfordert werde, wenn der Käufer die natürlichen Früchte in Anspruch

65) *L.* 2. *C. de act. emti et vend.* Fructus autem perceptos *ante venditionem contractam*, quos, cum venditioni non accessissent, eundem emtorem invasisse proponis, eodem iudicio reposces.

66) *L.* 13. *C. de action. emti et vend.* Fructus *post perfectum iure contractum*, emtoris spectare personam convenit. *L.* 16. *Cod. eodem.* Post perfectam venditionem foetus quidem pecorum emtori, venditori vero sumtus, si quos bona fide fecerit, restitui debere notissimum est. *L.* 13. §. 10. *D. de act. Emti et Vend.* Si fructibus iam maturis ager distractus sit, etiam fructus emtori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est. *L.* 38. §. 8. *D. de Usur.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 18—20.

67) Arg. *L.* 21. §. 3. *D. de act. Emti et Vend.* LAUTERBACH c. l. §. 21.

68) *Iac.* CUJACIUS in Not. ad *Pauli* Sentent. recept. Lib. II. Tit. 17. §. 7. *Ant.* SCHULTING Not. ad eundem *Pauli* loc. in *Iurisprud. Antejust.* pag. 294. not. 18. et 19. und *Bav.* VOORDA ad *Iani a* COSTA Praelection. ad illustriores quosd. Titulos Locaque sel. iuris civ. (*Lugd. Bat.* 1773. 4.) ad L. 1. Cod. h. t. not. e. pag. 337.

spruch nehmen wolle. Die Gesetze unsers corpus iuris Rom. enthalten von dieser Einschränkung nichts, und was in den Fragmenten von des **Paulus** *Sententiis receptis* Lib. II. Tit. 17. §. 7. gesagt wird: Ex die emtionis, *si pretium numeratum sit*, et fructus, et operae servorum, et foetus pecorum, et ancillarum partus ad emtorem pertinent; darf uns um so weniger irre machen, da nicht einmal die Leseart außer Zweifel ist [69]), und noch erst die Frage ist, ob diese Stelle ohne Zusatz und unverfälscht auf uns gekommen sey. Mit Recht ist daher jene Meinung schon von **Wissenbach** [70]) verworfen, und noch ausführlicher von **Peter Müller** [71]) widerlegt worden. Vielleicht sollen auch die Worte: *si pretium numeratum sit*, nur auf die der Früchte wegen anzustellende Klage hindeuten, wie **Westphal** [72]) nicht ohne Grund annimmt, weil die actio emti nur unter dieser Bedingung mit Wirkung angestellt werden kann. b) In Rücksicht der bürgerlichen Früchte ist wieder zu unterscheiden, ob sie in Pacht- oder Miethzinsen, oder in andern Prästationen und jährlichen Gefällen bestehen. Bey den bürgerlichen Früchten der ersten Art kommt es wieder darauf an, ob die Sache eine solche ist, die man jeden Augenblick nutzen kann, wie z. B. Häuser, Pferde u. dgl. oder ob sie nur zu gewissen Zeiten des Jahrs Früchte hervorbringt, wofür das Pachtgeld bezahlt wird, wie z. B.

N 2 Aecker,

69) Einige Handschriften lesen: *Si pars pretii numerata sit.* S. HUGO ius civile Antejust. Tom. I. pag. 121.

70) Exercitat. ad Pand. Vol. I. Disp. XXXVII. Th. 9.

71) Ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 103. not. β.

72) Vom Kauf. §. 590.

Aecker, Wiesen, Weinberge. In jenem Falle wird der Miethzins nach dem Verhältniß der Zeit getheilt. Bis zur Perfection des Contracts gebührt er dem Verkäufer, nachher aber dem Käufer [73]). In dem letztern Falle aber ist darauf zu sehen, ob der Contract noch vor der Erndte zu Stande kam, oder erst nach der Erndte. Nur in dem erstem Falle gehört das Pachtgeld dem Käufer, in dem letztern aber behält es der Verkäufer, wofern nicht ein Anderes verabredet worden ist [74]). Denn das Pachtgeld ist als

73) Arg. *L.* 26. *D. de Usufr.* *L.* 13. §. 13 *D. de act. Emti et Vend.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 103. not. Θ. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 24.

74) So ist die *L.* 13. §. 11. *D. de act. emti et vend.* zu verstehen, wo Ulpian sagt: Si in locatis ager fuit, *pensiones utique ei cedent, qui locaverat.* Idem et in praediis urbanis: nisi si quid nominatim convenisse proponatur. Anderer Meinung sind zwar *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXV. cap. 31. und *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXVIII. Th 9. Sie glauben, aus diesem Gesetz erweisen zu können, daß wenn das verkaufte Grundstück verpachtet sey, der Pachtzins immer dem Verkäufer bleibe, wofern nicht ein Anderes verabredet worden. Ihr Grund ist, weil der Käufer nicht schuldig sey, den Pacht zu halten. Nur bey dem Käufer eines fiskalischen Guts soll eine Ausnahme Statt finden. *L. ult. D. de iure fisci.* Allein schon B. VOORDA ad *Iani a* COSTA Praelect. ab illustr. quosd. Titulos iur. civ. pag. 337. sq. hat diese Meinung ausführlich widerlegt. Offenbar kann jene Stelle nur von solchen Pachtzinsen verstanden werden, die zur Zeit des geschlossenen Kaufs schon fällig waren, wenn sie nicht andern bereits angeführten Stellen widersprechen soll, wie auch *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib.

als ein Surrogat der natürlichen Früchte zu betrachten [75]). Ist von andern jährlichen Gefällen die Rede, so waren diese entwe-

Lib. I. cap. 13. gezeigt hat. Der Grund, den Cujaz und Schulting von dem Recht des Käufers, den Pächter zu vertreiben, hernehmen, ist höchst sonderbar. Dieses Recht kann doch der Käufer nicht vor der Uebergabe ausüben. Kann man ihm nun deswegen die Früchte von der Zeit des perfect gewordenen Contracts an nicht versagen, wenn die Sache nicht verpachtet worden wäre! warum den Pachtzins, der an die Stelle der natürlichen Früchte tritt? Mit mir erklären diese Stelle auch so die meisten Rechtsgelehrten. S. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 103. und Westphal vom Kauf. §. 591. Man könnte zwar auch mit *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. in fin. sagen, Ulpian habe hier gar nicht entscheiden wollen, wem der Pachtzins gehöre, sondern nur wer ihn erheben könne. Dieses Recht steht nun zwar freylich blos dem Verkäufer zu, jedoch hindert dieses nicht, daß er den erhobenen Pachtzins, soweit er erst nach abgeschlossenem Kaufe fällig ward, dem Käufer restituiren müsse, oder ihm die Klage gegen den Pächter cediren könne. Auf eben die Art glauben auch NOODT in Comm. ad Dig. pag. 415. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 22. die Schwierigkeit lösen zu können. Allein dagegen hat *Ge.* FRANTZKE in Comm. ad Pand. Tit. de action. emti et vend. nr. 243. schon mit Recht erinnert, daß diese Erklärung mit den Worten: *nisi si quid nominatim convenisse proponatur*, nicht wohl zu vereinigen sey. Wozu bedürfte es denn eines besondern Vertrags, wenn der Verkäufer schon von selbst nach gemeinem Recht zur Restitution oder Cession verpflichtet wäre? Es muß also doch wohl die Meinung des Ulpian gewesen seyn, daß in dem Falle, von welchem er spricht, ohne Vertrag, der Pachtzins dem Verkäufer unwiderruflich gehöre. Summa igitur *de fructibus civilibus* haec regula esto, sagt mit Recht Voorda a. a. O. *Fructus civiles, ex re vendita ante traditionem provenientes, toties*

entweder schon vor der Perfection des Contracts verfallen, oder sie sind erst nachher fällig geworden. Hier erhält sie der Käufer, dort aber gehören sie dem Verkäufer. Man kann hier die an einem andern Orte [76]) von der Vertheilung der Früchte bey der Endigung des Nießbrauchs zwischen dem Proprietar und den Erben des Usufructars vorgetragenen Grundsätze vollkommen anwenden. So wie nun also der Käufer von der Zeit an, da der Handel zur Richtigkeit gekommen, alle Vortheile der Sache hat, nicht anders als ob er schon Eigenthümer derselben wäre; so muß er aber auch II. von der Zeit an billig alle auf der Sache haftende Lasten und zu bezahlenden Abgaben übernehmen, und die Kosten tragen, welche der Verkäufer zur Erhaltung der Sache, oder sonst zum Nutzen des Käufers in gutem Glauben verwendet hat [77]). Hat der Verkäufer nach dem Contract durch die verkaufte Sache selbst Schaden gelitten, z. B. der verkaufte Sklave hat den Verkäufer bestohlen, so muß auch dieser Schade von dem Käufer ersetzt werden, und es steht dem Verkäufer deshalb auch ein Retentionsrecht zu [78]).

toties praestandi sunt emtori, quoties, si res non fuisset locata, eiusdem temporis fructus naturales, quorum in locum succedunt, emtorem sequerentur.

75) *L. 50. D. de iure fisci. L. 58. pr. D. de Usufr.*

76) S. den 9. Th. dieses Commentars §. 637. c. S. 329. ff.

77) *L. 13. L. 16. Cod. de act. emti et vend. L. 13. §. 22. D. eodem. L. 2. Cod. de annona et tribut.* S. den 16. Th. dieses Commentars §. 987. S. 146.

78) *L. 30. pr. D. de act. emti et vend.* Westphal vom Kaufe §. 604.

Lib.

Lib. XVIII. Tit. VII.

De servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur, vel contra.

§. 1039.

Verträge beym Verkaufe der römischen Sklaven.

Bey dem Verkaufe der römischen Sklaven pflegten mancherley Verträge angehängt zu werden, welche dem verkauften Sklaven entweder zum Nutzen oder zur Strafe dienen sollten. Zu den Verträgen der erstern Art gehörte zum Beyspiel der, daß der verkaufte Sklave nach einer bestimmten Zeit manumittirt werden solle, ferner, daß die verkaufte Sklavin nicht prostituirt, das heißt, nicht zur Hure gemacht werden solle. Die Wirkung jenes Vertrags war, daß wenn die Freylassung nicht dem Vertrage gemäß erfolgte, der Kauf deswegen zwar nicht ungültig, allein der Sklave nach einer gewissen Verordnung des Kaisers **Marcus Aurelius Antoninus** ipso iure als frey anzusehen war. Nach einer ältern Verordnung des Kaisers **Hadrian** war es zwar anders; und **Cervidius Scävola**, welcher, als Rath des Kaisers **Marcus** [79]), unstreitig auch wohl die Verordnung seines Souverains

79) CAPITOLINUS in vita Marci. Cap. 11.

verains kannte, glaubte, jene ältere Constitution sey wenigstens in dem Falle nicht aufgehoben, wenn in dem Kaufe, ohne die ausdrückliche Bedingung der Manumission, bloß ausgemacht worden, daß der Sklave nach dem Tode des Käufers frey seyn sollte [80]). Hier werde der Sklave anders nicht vollkommen frey, als wenn noch die Manumission hinzukomme. Allein **Claudius Tryphoninus** widersprach ihm, weil dieser Fall allerdings in dem Sinn der Verordnung des Krs. Marcus mit begriffen sey, wenn gleich die Worte derselben nicht ausdrücklich darauf giengen. Man überzeuge sich hiervon durch folgende Stelle, welche aus des **Scävola** 7. Buche der Digesten genommen ist.]

L. ult. D. h. t. Cum venderet Pamphilam et Stichum, venditioni inseruit pactum conventum: *uti ne eadem mancipia, Pamphila et Stichus, quos minorato pretio vendidit, alterius servitutem, quam Seji, paterentur, post mortemque eius in libertate morarentur.* Quaesitum est, an haec mancipia, de quibus inter emtorem et venditorem convenit, post mortem emtoris iure ipso liberata sint? Respondit, secundum constitutionem *Divi Hadriani* super hoc prolatam, Pamphilam et Stichum, de quibus quaereretur, si manumissi non sint, liberos non esse. CLAUDIUS: *Divus Marcus* ex lege dicta libertatis in vendendo, quamvis non manumissos, fore libe-

80) S. CUJACIUS Observat. Lib. X. cap. 21. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XIV. cap. 4. hat ihn zwar zu widerlegen gesucht; allein man sehe Westphal vom Kauf §. 648. Dem Cujaz ist auch POTHIER in Pand. Iustinian. T. III. Lib. XL. Tit. 8. Nr. XII. not. i. beygetreten.

liberos, in Semestribus constituit, licet in mortis tempus emtoris distulit venditor libertatem.

Peter Perrenonius [81]) will jedoch keinen Widerspruch zwischen **Scävola** und **Tryphonin** zugeben, sondern glaubt, daß es hier auf den Unterschied zwischen liberum esse und in libertate morari ankomme. In dem Vertrage, über welchen **Scävola** entscheidet, sey nicht gesagt worden, daß der Sklave nach dem Tode des Käufers frey seyn, sondern nur in der Freyheit leben solle. Beydes sey nach **Quinctilian** [82]) so sehr verschieden, als servum esse und in servitute vivere. Mit Recht sage also Scävola, daß der Sklave, der nach dem Tode des Käufers nur in der Freyheit leben solle, nicht anders vollkommen frey werde, als wenn er noch manumittirt worden sey. Damit habe er aber keinesweges geläugnet, daß nach der Constitution des *Divus Marcus* der Sklave ohne Manumission, und also ipso iure frey werde, wenn in dem Vertrage ausgemacht worden, daß derselbe nach dem Tode des Käufers frey seyn solle. Dieß sey es, was **Tryphonin** nur noch habe hinzufügen wollen. Ich würde den **Perrenonius** Recht geben, wenn nur nicht die Worte: *etiam non manumissos fore liberos*, und was noch zuletzt hinzugefügt worden, *licet in mortis tempus emtoris venditor distulit libertatem* so deutlich bewiesen, daß **Tryphonin** von dem nämlichen Falle rede, welchen **Scävola** entschieden hat. Merkwürdig ist es freylich, daß **Scävola** der Constitution des Kaisers **Marcus** nirgends

81) Animadversion. Lib. I. cap. 22. (in *Thes. Otton.* T. I. pag. 619.)

82) *Declamat.* 340. u. 342.

gends gedenkt. Es läßt sich auch nicht behaupten, daß er des Rescripts nur etwa in seinen Digesten nicht gedacht, wohl aber in seinen Quästionen desselben Erwähnung gethan habe. Denn in der *L.* 11. §. 1. *D. de minorib.* führt **Ulpian** zwar den **Scävola** *libro* 14. *Quaestionum* an; allein man sieht daraus nur, daß **Scävola** von demselben Falle, nicht aber von der gedachten Constitution geredet habe. **Jacob Rävard** [83]) will daher behaupten, **Scävola** habe die Constitution des Kaisers **Marcus** nicht mehr erlebt. Allein **Scävola** nennt ja den Kaiser **Marcus Antoninus** in der *L.* 39. *D. de legat. III.* Divus. Dieses Elogium ward keinem lebenden Kaiser beygelegt. Vielmehr sagt **Tacitus** [84]): Deum honor Principi non ante habetur, quam agere inter homines desierit. Er muß also den Kr. **Marcus** noch überlebt haben. Vielleicht läßt sich die Schwierigkeit mit **Johann Ludwig Conradi** [85]) auf folgende Art am leichtesten heben. Die *L. ult. D. h. t.* ist aus dem 7. Buche der Digesten des **Scävola** entlehnt. Es erhellet aber aus *L.* 29. *D. de probat.* und dessen Inscription, daß noch der Kaiser **Lucius Verus** gelebt habe, als **Scävola** das 9. Buch seiner Digesten schrieb. Nun rescribirte erst, nach dem Tode dieses Kaisers, **Marcus Aurelius** mit seinem Sohne **Commodus** in den Semestribus. Wie konnte also **Scävola** in

83) Varior. Lib. I. cap. 13.

84) *Lib. XV. Annal. Cap. 74. in fine.* S. auch HERODIANUS *Princip. libri IV. Histor.*

85) Dissertat. histor. critica I. de vita et scriptis Quinti Cervidii Scaevolae ICti. *Lipsiae* 1755. Cap. II. pag. 15. sqq.

in seinem weit früher ertheilten Gutachten auf das Rescript dieser Kaiser Rücksicht nehmen? Nachher hat Scävola seine Meinung nicht mehr ändern mögen, weil ihm die Verordnung des Hadrian mehr auf seinen Fall zu passen schien, als die Constitution des Kaisers Marcus. Dieses hat denn dem Claudius Tryphoninus, welcher anderer Meinung war, Gelegenheit gegeben zu der dem Scävola beygefügten Note. Höchst unwahrscheinlich ist dagegen die Meinung des Jacob Constantinäus 86), ob sie gleich auch Joseph Fernandez De Retes 87) zu vertheidigen sucht, daß man zwey Constitutionen des Kaisers Marcus unterscheiden müsse. Die eine, der Zeit nach ältere, an den Aufidius Victorinus habe von dem Falle gehandelt, wenn ein Sclave unter der Bedingung verkauft worden, daß ihn der Käufer binnen einer gewissen Zeit manumittiren solle. Die andere, der Zeit nach jüngere, sey in den Semestribus erlassen, und habe den Fall betroffen, wenn der Kauf unter der Bedingung geschlossen worden, daß der Sclave binnen einer gewissen Zeit frey seyn sollte, ohne jedoch dabey der Manumission ausdrücklich zu gedenken. Jene habe Scävola Lib. XIV. Quaestionum berührt, wie aus *L.* 11. §. 1. *D. de minorib.* erhelle. Diese aber habe er nicht mehr erlebt. Denn sonst wäre kein Grund abzusehen, warum er sie nicht auch angeführt hätte. Allein diese Conjectur läßt sich nicht erweisen. Die *L.* 3. *Cod.* *Si*

86) Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 17. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tom. IV. pag. 513. sq.)

87) Opusculor. Libr. IV. sive uberior. Notae ad notas Claudii affixas Digestor. et Responsor. libb. Scaevolae. ad L. ult. D. de Servis export. (Tom. VI. *Thes. Meerm.* p. 197.)

Si mancipium ita fuerit alienatum, ut manumittatur, worauf er sich beruft, unterstützt sie wenigstens nicht. Hier wendet Kaiser **Alexander** die Constitution der Kaiser **Marcus** und **Commodus** blos auf einen gewissen Fall an, wobey vermuthlich über deren Anwendbarkeit war gestritten worden, wie aus folgenden Worten derselben erhellet. Si Iusta Saturnino puellam nomine Firmam, agentem tunc annos septem, hac lege vendiderit, *ut cum haberet annos viginti quinque, libera esset:* quamvis factum ab emtore praestandae libertatis pacto non sit insertum; sed ut libera esset, expressum: tamen constitutioni Divorum *Marci* et *Commodi* in Semestribus scriptae locus est: ideoque impleto vicesimo quinto anno Firma libera facta est. Nec obest ei, quod vicesimo septimo anno manumissa est, quae iam ex constitutione libera erat.

War dem Verkaufe eines Sclaven die Bedingung beygefügt, daß ihn der Käufer manumittiren solle, und auf den Fall der Nichterfüllung eine Geldstrafe stipulirt worden, so war dieselbe unnütz. Denn da hier das Gesetz die Handlung des Käufers ergänzte, wenn auch die Manumission von dem Verkäufer nicht geschahe, mithin der Sclave auf jeden Fall frey wurde, wenn nur der Verkäufer vor Ablauf der bestimmten Zeit seinen Willen nicht wieder geändert hatte; so konnte man hier nicht sagen, der Käufer habe sein gegebenes Wort gebrochen. Dieß ist, der Verordnung der Kaiser **Marcus** und **Commodus** gemäß, von den Kaisern **Diocletian** und **Maximian** rescribirt worden, wie aus *L. ult. Cod. Si mancip.*

cip. ita fuerit alienatum etc. [88]) erhellet. Anders respondirte zwar **Scävola** in seinen Digesten, woraus die *L.* 122. §. 2. *D. de verbor. obligat.* entlehnt worden ist. Allein da diese Stelle aus dem 28. Buch der Digesten des **Scävola** genommen ist, welches Buch dieser römische Jurist unter dem Kaiser **Commodus** schrieb, also zu einer Zeit, wo ihm die Verordnung des Kaisers **Marcus** nicht unbekannt seyn konnte, so kann man hier sein Stillschweigen wohl anders nicht erklären, als damit, daß diese Verordnung ausdrücklich nur von Sclaven handelte, die unter der Bedingung der Manumission waren verkauft worden; der Fall aber, den **Scävola** hier entscheidet, einen solchen Sclaven betroffen habe, welcher der Manumission wegen war geschenkt worden, wie **Retes** [89]) auch ganz richtig bemerkt hat. Eben dieser Meinung war auch schon vor ihm **Cujazius** [90]). Daß jedoch die in der Schenkung bedungene Art der manumissio per vindictam Einfluß auf die Entscheidung des **Scävola** gehabt haben sollte, wie **Alciat**, **Duaren**, und **Donellus** [91]) behaupten wollen, ist darum nicht glaublich, weil die Constitution des Kaisers **Marcus** von jeder Art der Manumission ohne Ausnahme redet. Daher verwirft **Hubert** **Gi**=

88) Man sehe über dieses Gesetz vorzüglich POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. V. not. c. d. et e. pag. 514.

89) Opuscul. cit. Lib. IV. ad L. ult. D. de servis export. nr. 6. pag. 197.

90) Observation. Lib. I. cap. 29.

91) In ihren Commentaren über den Tit. de Verbor. obligat. ad L. 122. §. 2. D. h. t.

Gipfan[92]) diese Meinung mit Recht. Es hatte jedoch schon der Kaiser Alexander die Constitution des Kaisers Marcus auch auf geschenkte Sclaven ausgedehnt. *L.* 1. *Cod. Si mancip. ita fuerit alienat.* etc.

War dem Verkauf einer Sclavin der Vertrag angehängt worden, ne prostituatur, und sie wurde dennoch dem Vertrage zuwider zur Hurerey Preis gegeben, so kam es darauf an, ob auf diesen Fall die Freywerdung der Sclavin, oder die eigenmächtige Zurücknahme derselben (manus iniectio, seu abducendi potestas) war ausgemacht worden[93]). Hatte sich der Käufer beym anderweiten Verkaufe der Sclavin dieselbe Bedingung ausgemacht, so ging im Falle der Contravention der erste Verkäufer (qui auctor fuit legis) dem zweyten vor[94]). Es konnte überdem auch eine Conventionalstrafe Statt finden[95]).

Zu den Verträgen, die dem verkauften Sclaven zur Strafe dienen sollten, gehörte z. B. der, daß der Sclave nicht manumittirt werden, oder daß derselbe exportirt werden sollte. Das pactum, *ne servus manumitteretur*, ließ jedoch keine Conventionalstrafe auf den Contraventionsfall zu, sondern die demselben zuwider unternommene Manumission war ungültig[96]). Denn da die Freylassung ohne Effect

92) Lecturae Altorphin. in Tit. 1. Libri XLV. Dig. de Verb. obligat. ad L. 122. §. 2. D. h. t. pag. 966.

93) *L.* 1. *et* 2. *Cod. Si mancipium ita venierit, ne prostituatur.* S. Westphal vom Kauf §. 753. u. §. 756.

94) *L.* 9. *D. de Servis exportand.* S. Westphal §. 651.

95) *L.* 6. *pr. D. h. t.* Westphal §. 650.

Effect war, so konnte der Fall der vorbehaltenen Strafe gar nicht eintreten. Daher sagt **Papinian** *L.* 6. *pr. D. h. t.* Sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si, *ne manumitteretur*, exceptum est. *Nam incredibile est, de actu manumittentis, ac non potius de effectu beneficii* (i. e. manumissionis) *cogitatum.* In Absicht auf das andere pactum, *ut servus exportetur*, konnte ausgemacht werden, daß sich der Sclave nicht in der Stadt aufhalten dürfe, wo sein Herr wohnte. Diese Ausschließung begriff denn auch die Entfernung desselben aus Rom in sich, nam Roma communis omnium in orbe Rom. viventium patria censebatur. War im Vertrag, ausgemacht worden, daß sich der Sclave nicht in einer bestimmten Provinz aufhalten sollte, so war auch die Ausschließung aus Italien mit darunter begriffen [97]. Wurde nun in dem einen oder andern Falle der Bedingung entgegen gehandelt, so konnte sich der Verkäufer entweder des Sclaven wieder bemächtigen, oder auf eine Geldstrafe klagen, je nachdem entweder das eine oder das andere auf den Contraventionsfall ausdrücklich war stipulirt worden. Jedoch fiel in dem letztern Falle der Sclave dem Fiskus anheim [98]. War keine Geldstrafe stipulirt, sondern blos durch ein pactum adjectum versprochen

96) *L.* 5. *Cod. Si mancip. ita fuerit alienatum, ut manumittatur. L. ult. Cod. Qui non poss. ad libertatem pervenire. L.* 4. §. 9. *L.* 9. *D. de manumission.* Westphal vom Kauf §. 752.

97) *L.* 5. *Cod. Si servus exportand. ven.*

98) *L.* 2. *Cod. eodem.*

chen worden, so entstand die Frage, ob nicht auch actione venditi geklagt werden könne? **Papinian** war anfangs der verneinenden Meinung, weil eine actio bonae fidei nicht auf Befriedigung einer bloßen Rache gehen dürfe. Er nahm nur den Fall aus, wenn der Verkäufer selbst auf den Fall der nicht erfolgenden Exportation eine Geldstrafe an Jemand zu bezahlen sich verbindlich gemacht hätte. Denn nun gelte es nicht mehr der Befriedigung einer bloßen Rache, sondern der Abwendung einer eigenen sonst zu befürchtenden Geldstrafe. Eben so könne die auf den entgegengesetzten Fall, nämlich *ne servus poenae causa exportaretur*, bedungene Geldstrafe ohne allen Zweifel mit der actio venditi gefordert werden. *Cum beneficio adfici hominem, intersit hominis. Enimvero poenae non irrogatae indignatio solam duritiem continet.* So dachte **Papinian** im 10. Buche seiner Quästionen, woraus die *L.* 7. *D. h. t.* genommen ist. Er änderte aber seine Meinung nachher wieder in der *L.* 6. §. 1. *D. eodem*, welche aus dem 27. Buche seiner Quästionen entlehnt ist. Hier sagt er freymüthig, er sey zwar ehemals anderer Meinung gewesen; allein nun nehme er die Meinung des Sabinus an, welcher ihn vom Gegentheil durch den Grund überzeugt habe, daß ja der Käufer, welcher sich eine solche Bedingung hat gefallen lassen, deshalb auch ein geringeres Kaufgeld bezahlt habe. Der Verkäufer habe daher allemal ein pecuniäres Interesse, indem er für den Sclaven mehr bekommen hätte, wenn jene Bedingung nicht wäre beygefügt worden. Die auf den Contraventionsfall bedungene Strafe ergänze also gleichsam das Kaufgeld, und sey als ein Theil desselben

anzu-

anzusehen [99]). Ein nachahmungswürdiges Beyspiel einer bescheidenen Retractation, welches uns hier einer der größten Rechtsgelehrten, die je gelebt haben, hinterlassen hat [100]). Es ist der Mühe werth, den **Papinian** selbst reden zu lassen. Si quid emtor, contra quam lege venditionis cautum est, feciset aut non fecisset: *nobis aliquando placebat, non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quia poenam promisisset:* caeterum viro bono non convenire, credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. *Sed in contrarium me vocat* SABINI *sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.* Man hat den **Tribonian** deshalb tadeln wollen, daß er beyde Stellen aus den Quästionen des **Papinian** in seine Pandecten und zwar in der sonderbaren Ordnung aufgenommen, daß er die Retractation der ältern von **Papinian** widerrufenen Meinung habe vorausgehen lassen. **Everhard Otto** [1]) glaubt gar, es stecke ein arcanum dahinter. Quo magis enim verba *L. ult.*

99) POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. IX. not. a. pag. 515. Westphal vom Kauf. §. 652.

100) S. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. I. cap. 9. *Ant.* MORNACIUS Observat. ad Dig. p. 469. *Ger.* NOODT de pactis et transact. Cap. XI. *Ev.* OTTO Papinianus. Cap. XV. §. 5. et 6. und *Io. Sal.* BRUNQUELL Prolus. de retractationibus veterum ICtor. quorum fragmenta in Digestis supersunt. §. 7. in *Opuscul.* pag. 351. sq.

1) Cit. vita Papiniani Cap. XV. §. 6. init.

ult. §. 3. *Cod. de furtis* perpendo, sagt er, eo verisimilius mihi videtur, IUSTINIANUM inconstantiae et oblivionis notam tacite impingere voluisse PAPINIANO, quod *in eodem opere Quaestionum* mutaverit sententiam, nec deleverit et omiserit, quod in commentariis prioribus erronee scriptum esse agnoscebat. Allein ich kann ihm hierin nicht Recht geben, sondern glaube vielmehr, daß **Tribonian** die Stelle aus **Papinians** Quästionen, welche die erstere Meinung dieses Rechtsgelehrten enthielt, zur Erläuterung der *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* beygefügt habe, um beyde Stellen mit einander vergleichen zu können, weil aus der *L.* 6. nicht deutlich zu ersehen ist, von welcher Lex venditionis eigentlich die Rede war, bey der **Papinian** seine Meinung geändert habe [2]).

2) S. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad L. 6. §. 1. et L. 7. D. h. t. pag. 691. sq.

Lib. XIX. Tit. I.

De actionibus emti et venditi.

§. 1040.

Klagen aus dem Kaufcontract.

Um die aus dem Kaufcontract entspringenden gegenseitigen Ansprüche geltend zu machen, giebt es zweyerley von dem Contract benannte Klagen, nämlich die actio emti und die actio venditi. Jene wird auch actio ex emto, so wie diese actio ex vendito genennt [3]). Ist der Contract durch einen Bevollmächtigten dem Auftrage gemäß geschlossen worden, so klagt derjenige, auf dessen Auftrag die Sache gekauft worden ist, *actione emti utili*. Diese actio utilis steht auch dem Käufer gegen den Eigenthümer ad exemplum institoriae actionis zu, wenn dessen Sache durch einen Bevollmächtigten verkauft worden ist; der Eigenthümer aber, dessen Sache von dem Mandatar, dem erhaltenen Auftrage gemäß, verkauft worden ist, stellt *utilem ex vendito actionem* gegen den Käufer an [4]). War der Contract mittelst ei-

 ner

3) *L.* 13. §. 8. *et* §. 19. *D. h. t. L.* 26. *et L.* 66. §. 2. *D. de eviction.* Die actio venditi wird auch *actio pretii* genennt. *L.* 7. *C. h. t. L.* 9. *Cod. de contrah. emtione.*

4) *L.* 13. §. 25. *D. h. t.* Si procurator vendiderit, et caverit emtori: quaeritur an domino vel adversus dominum

ner Stipulation geschlossen worden, so konnte der Römer auch *actione ex stipulatu* klagen, doch war damit die Contractsklage nicht ausgeschlossen, wo diese, als actio bonae fidei, vortheilhafter war [5]). Zuweilen geht die Klage aus dem Contract gar nur dahin, daß der Beklagte sich erkläre, ob er den Contract halten, oder davon wieder abgehen wolle. Dieß ist der Fall, wenn der Handel durch Betrug veranlaßt worden ist. Denn der Betrüger kann nicht schlechthin auf die Erfüllung des Contracts klagen. **Ulpian** sagt *L.* 13. §. 27. *et* 28. *D. h. t.* Si quis, colludente procuratore meo, ab eo emerit, an possit agere ex emto? Et puto, hactenus, *ut*

num actio dari debeat? Et Papinianus Libro 3. Responsorum putat, *cum domino ex emto agi posse utili actione*, ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est, *utilem ex emto actionem domino competere.* *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. V. cap. 4. in fin. bemerkt hierbey, daß man statt *utilem ex emto actionem* domino competere, vielmehr *utilem ex vendito actionem* lesen müsse. Allein es ist nichts Seltenes, daß die Benennungen actio emti und venditi in den Gesetzen verwechselt werden. S. z. B. *L.* 26. *D. de eviction.* *L.* 66. §. 2. *D. eodem.* *L.* 11. *Cod. de pact.* *L. un. Cod. Si servus extero se emi mandav.* Es ist daher in der *L.* 13. §. 25. *D. cit.* nichts zu ändern, wie auch *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. LXVIII. Th. 1. und POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. III. not. c. erinnert haben.

5) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Vergleicht man jedoch damit die *L.* 4. *D. de Usuris*, so scheinen Pomponius und Papinian verschiedener Meinung gewesen zu seyn. S. HUBER Eunomia Rom. ad L. 3. §. 1. D. h. t. pag. 693.

ut aut stetur emtioni, aut discedatur. Sed et si quis minorem viginti quinque annis circumvenerit, et huic hactenus dabimus actionem ex emto, ut diximus in superiore casu [6]).

§. 1041.

Actio emti.

Die *actio emti* oder *ex emto* steht nun dem Käufer zu, er mag die Sache mit eigenem oder fremden Gelde gekauft haben [7]). Sie wird gegen den Verkäufer angestellt, und geht auf Erfüllung der sowohl aus dem Contract entspringenden, als durch besondere Verträge begründeten Verpflichtungen desselben. Worin die Verbindlichkeiten des Verkäufers bestehen, welche ihm die Natur des Contracts auflegt, ist schon an einem andern Ort [8]) gesagt worden. Der Käufer kann sich aber auch durch Nebenverabredungen Manches ausbedungen haben, worauf die actio emti gerichtet werden kann. **Pomponius** deutet auf Beydes hin, wenn er *L.* 66. *pr. D. de contrah. emt.* sagt: In vendendo fundo quaedam, *etiamsi non condicantur*, praestanda sunt; veluti, *ne fundus evincatur*, aut *ususfructus eius:* quaedam ita demum, *si dicta sint;* veluti *viam*, *iter*, *actum, aquae ductum praestatu iri:* idem et in servitutibus urbanorum praediorum. Daß der Verkäufer dem Käufer für die Entwährung der Sache oder der Nutzung derselben haften müsse, versteht sich von selbst. Allein

6) S. Westphal vom Kauf. §. 778. und 824.

7) *L. 8. Cod. Si quis alteri vel sibi.*

8) S. den 16. Th. dieses Commentars §§. 983. 984. u. 985.

Allein daß sich gewisse Activ-Servituten bey dem verkauften Grundstück befinden, kann der Käufer anders nicht verlangen, als wenn sie ihm von dem Verkäufer besonders versprochen worden sind. Ausserdem gehört noch hierher, was Ulpian *L.* 11. *D. h. t.* sagt: *Ex emto actione* is, qui emit, utitur. Et in primis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci, *quod praestari convenit.* Cum enim sit bonae fidei iudicium, *nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est:* quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, *quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*

Ist dieselbe Sache mehreren verkauft worden, so haben sie solche entweder gemeinschaftlich gekauft, oder nicht. In dem ersten Falle kann keiner derselben blos seinen Antheil am Kaufgeld bezahlen, und dagegen die Uebergabe der Sache verlangen wollen; sondern sie müssen entweder alle zusammen klagen, oder, wenn einer von ihnen allein klagen will, so muß er das ganze Kaufgeld bezahlen, und sich überdem zur verlangten Uebergabe durch Vollmacht des andern Mitkäufers legitimiren [9]). So ist es auch, wenn der Käufer vor der Uebergabe gestorben ist, und mehrere Erben hinterlassen hat. Dieß lehrt Labeo *L.* 78. §. 2. *D. de contrah. emt.* Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit. Si unus omnem pecuniam solverit, paretm familiae er-

9) *L.* 31. §. 8. *D. de aedilit. Edicto.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Westphal vom Kauf. §. 882. u. 883.

erciscundae iudicio servabit: *nec, si partem solvat, ex emto cum venditore aget;* quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit. Haben nicht mehrere die Sache gemeinschaftlich gekauft, sondern sie ist mehreren besonders verkauft worden, so ist dieses entweder zu verschiedener Zeit, oder es ist zu gleicher Zeit geschehen. In jenem Falle geht, so lange noch keinem der verschiedenen Käufer die Sache übergeben worden ist, der erste Käufer dem zweyten Käufer vor. Es gilt hier die Regel: in pari causa qui prior tempore, est potior iure [10]). Wäre aber die Sache dem zweyten Käufer tradirt worden, so hat dieser ein stärkeres Recht, und der erste Käufer kann hier blos actione emti gegen den Verkäufer auf das Interesse klagen. Denn vor der Uebergabe blieb der Verkäufer noch Eigenthümer, er konnte daher die Sache einem Andern verkaufen, und diesem das Eigenthum übertragen. Hieran lassen uns folgende Gesetze nicht zweifeln.

L. 15. Cod. de Rei vindicat. Quoties duobus in solidum [11]) praedium iure distrahitur [12]): manifesti

10) S. *Io. Henr.* BOETTICHER Diss. de eo qui in emtione potior. *Helmst.* 1687. und *Phil. Lud.* BECK Diss. de eo, quod iustum est circa rem duobus vel pluribus seorsim venditam. *Altorfii* 1747. Westphal vom Kauf §. 579.

11) Man ist nicht einig, von welchem Falle eigentlich diese Worte zu verstehen sind. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XVIII. cap. 31. versteht sie, wie die meisten Rechtsgelehrten, von dem Falle, da mehreren die nämliche Sache zu verschiedenen Zeiten verkauft worden ist. Anton Faber hingegen tadelt deshalb den Cujaz in seinen Erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXVI. Err. 1. und erklärt das Gesetz von dem Falle,

nifesti iuris est, *eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.* Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse [13]), ac pretium exsolvisse, apud praesidem provinciae probaveris: ob-

le, da mehreren die nämliche Sache, und zwar ohne Theilung, in einem Contract und zu gleicher Zeit verkauft worden ist. Von einem solchen Falle redet auch *L.* 2. *Cod. Pro Socio.* Nun hat zwar *Io. Iac.* WISSENBACH in Commentar. in Cod. ad L. 15. C. de rei vind. den Faber widerlegt. Für die Erklärung des Cujaz streitet auch die *L.* 4. *Cod. Gregoriani* de rei vindicat. (Lib. III. Tit. 3.) wo unsere *L.* 15. auf folgende Art epitomirt ist: Quoties eadem res a domino *diversis temporibus* pluribus venundatur, eum potiorem esse, cui possessio primum data est. (S. *Ant.* SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 693. et. not. 6.) Allein man mag immerhin das Gesetz auch von mehreren correis emendi verstehen, das Resultat, daß die Uebergabe ein vorzüglicheres Recht giebt, bleibt immer das nämliche.

12) Auch bey den Worten *iure distrahitur* hat man Anstoß gefunden. Faber kann sie mit seiner Erklärung wohl vereinigen. Allein wie Cujaz? Sollte ihm nicht Paulus *L.* 21. *D. de Lege Cornelia de falsis* entgegenstehen? Cujaz will zwar das *iure* für sine dolo malo erklären, allein Faber beweißt ihm, daß Beydes nicht gleichviel sey. Wie könnte man auch den Verkäufer vom Dolus freysprechen, der die nämliche Sache Zweyen in solidum zu verschiedenen Zeiten verkauft hat? Deswegen steht aber doch die Lex Cornelia der Rechtsbeständigkeit des Kaufs nicht entgegen, und hindert die Uebertragung des Eigenthums nicht, sondern bestraft nur den Betrug des Verkäufers. S. WISSENBACH c. l. ad L. 15. Cod. de rei vind.

13) *Ant.* FABER cit. loc. de Erroribus Pragmaticor. Dec. LXXXVI. Err. 4. will hier lesen: Si igitur antecedente tempore

obtentu non datorum instrumentorum [14]) expelli te a possessione non patietur. Erit sane in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, cum usuris recipere

pore te possessionem *tenuisse*, statt emisse. Denn darauf, daß auch der Kauf müsse früher geschlossen seyn, um vor dem andern Käufer den Vorzug zu behaupten, komme es nicht an, wenn nur die Sache dem einen von beyden zuerst übergeben worden sey. Allein eine Emendation scheint mir deswegen doch nicht nöthig zu seyn. Denn was berechtiget uns, die angeführten Worte gerade von einer früheren Schließung des Kaufs zu verstehen? Wissenbach a. a. O. sagt, die Worte *antecedente tempore* seyen so zu erklären, antequam ipsi, sc. consultrici, controversia moveretur. Allein richtiger scheint mir die Interpretation des Accursius zu seyn, welcher sie so versteht: Si igitur antecedente tempore te rem emtam per traditionem accepisse etc. Denn das Wort *possessio* soll hier wohl auf die Uebergabe hindeuten. Andere glauben, man müsse hier den Fall annehmen, wovon *L.* 9. §. 4. *D. de public in rem act.* rede. S. die Götting. Ausgabe das Corp. iuris civ. ad h. L. not. 75. T. II. pag. 192.

14) Daß der Käufer auch den Kaufbrief in Händen habe, ist zur Gültigkeit seines Rechts nicht erforderlich. Der Besitz desselben giebt aber auch dem Käufer kein Vorrecht vor dem zweyten, dem die Sache tradirt worden ist, wenn auch dem ersten Käufer der Kaufbrief noch vor der Uebergabe der Sache an den zweyten Käufer wäre eingehändiget worden. Anderer Meinung ist zwar FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXXVI. Err. 3. Allein die *L.* 1. *Cod. de donation.* entscheidet hierüber nichts. Man sehe Fried. Carl von Savigny Recht des Besitzes §. 27. S. 313. f. der 2. Auflage. *Carl Frid. Christ.* WENCK Diss. de traditione inter possessionis et proprietatis transferendae modum fluctuante. *Lipsiae* 1809. Cap. III. §. 1. pag. 30. sq. und Westphal System des röm. Rechts über die Arten der Sachen rc. §. 484.

pere, ita tamen, ut perceptorum fructuum ac sumtuum ratio habeatur [15]): cum et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis, *eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem conveniat.*

L. 6. Cod. de hereditate vel act. vendita. Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, *et ideo, vendendo eas aliis, dominium transferre potuit.* Sed quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus, *quanti tua interest,* praestare cogetur.

Man will jedoch verschiedene Ausnahmen Statt finden lassen [16]). Man rechnet dahin 1) wenn der erste Kauf mit einer solchen Person geschlossen worden ist, welche das Privilegium hat, daß sie das Eigenthum ohne Uebergabe erwirbt. Z. B. die Sache ist einer Kirche verkauft worden. Allein die *L. 23. §. 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* sagt dieses nicht [17]). 2) Wenn die Sache dem

15) Es ist also hier dem Käufer, dem die Sache übergeben war, freygestellt, ob er auf seinem Rechte bestehen, oder die gekaufte Sache zurückgeben, und das Kaufgeld mit Zinsen zurückverlangen wolle. Dann muß er sich aber doch auch die genossenen Früchte anrechnen lassen; und auch die gehabten Kosten kommen in Anschlag.

16) S. BECK Diss. cit. §. 7.

17) Man s. WISSENBACH Comment. in Cod. Lib. I. Tit. 2. §. 10. Ebendesselben Disputation. ad Instituta Disp. X. Th. 36. *Hub.* GYPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 20. Cod. de pactis pag. 47. Westphals Syst. des Röm. Rechts über die Arten der Sachen rc. §. 765. und Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 695. Not. 3.

dem ersten Käufer cum pacto de non alienanda re verkauft, und ihm deshalb eine Special-Hypothek bestellt worden ist. Allein dieses pactum würde zwar den Entschädigungs-Anspruch des Käufers verstärken, aber ihm keinen Vorzug vor dem zweyten Käufer geben, dem die Sache tradirt worden ist [18]). 3) Wenn der zweyte Käufer gewußt hätte, daß die Sache schon vorher einem Andern sey verkauft worden. Allein daß der Dolus des zweyten Käufers dem ersten kein Recht gebe, die dem zweyten Käufer übergebene Sache selbst in Anspruch zu nehmen, hat schon Carl Ferdinand Hommel [19]) ausgeführt. Ist endlich die Sache zwey verschiedenen Personen zu gleicher Zeit verkauft worden, so haben beyde ein gleiches Recht. Man setze z. B. A. trägt dem B. auf, ihm sein Haus zu verkaufen, und bestimmt die Bedingungen des Contracts. B. findet auch wirklich einen Käufer, mit dem er den Kauf seinem Auftrage gemäß abschließt. Unterdessen findet auch A. Gelegenheit, das Haus zu verkaufen, und, in der Meinung, B. werde dasselbe so geschwind nicht verkauft haben, schließt er mit diesen ebenfalls einen Handel unter gleichen Bedingungen ab. Zufällig geschieht es, daß beyde Contracte nicht nur an einem Tage, sondern auch sogar in einer und derselben Stunde zu Stande kommen. Beyde Käufer verlangen nun das Haus. Da Mandans und Mandatarius in Rücksicht des hier geschlossenen Handels wie eine Person anzusehen sind, so sind beyde Contracte in gleichem Grade gültig, und das Recht

18) S. HERTIUS Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 22.

19) Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 883.

Recht der beyden Käufer steht hier gegen einander in einem so genauen Gleichgewichte, daß ohne offenbare Verletzung keinem ein Vorzug vor dem andern zugesprochen werden kann. Es ist also der Willkühr der Käufer anheimzustellen, ob sie die Sache gemeinschaftlich in Besitz nehmen, oder durchs Loos unter sich ausmachen wollen, wer die Sache von beyden allein haben solle. Dem verlierenden Theile bleibt dann blos der Regreß gegen den Verkäufer wegen der Entschädigung übrig [20]).

Hat sich der Verkäufer entweder mit Vorsatz oder durch eine verantwortliche Schuld ausser Stand gesetzt, die Sache dem Käufer zu übergeben, so kann gegen ihn mit der actio emti auf das Interesse geklagt werden [21]). Dieses kann zuweilen den Werth der Sache übersteigen [22]). Ob deshalb das iuramentum in litem Statt finde, ist schon an einem andern Orte [23]) ausgeführt worden. Säumte der Verkäufer mit der Uebergabe, so kann der Käufer auf den höchsten Werth klagen, den die Sache seit der Zeit, da sie hätte tradirt werden sollen, bis zur Zeit der Verurtheilung des Verkäufers hatte [24]). Mit der actio emti kann auch auf die Aufhebung des Handels

20) Ein solcher Fall kommt in Hymmens Beyträgen zur jurist. Litteratur in den preuß. Staaten 5. Samml. S. 141. ff. vor.

21) *L.* 11. §. 9. *L.* 21. §. 3. *D. h. t. L.* 4. *Cod. eodem. L.* 10. *C. eod.*

22) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

23) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 813. S. 416.

24) *L.* 3. §. 3. *D. h. t.* S. den 13. Th. dieses Commentars § 844. S. 290. ff. Man sehe auch POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. LXXXI. not. a.

dels geklagt werden, wenn ein rechtmäßiger Grund dazu vorhanden ist [25]). Zuweilen geht die Klage nur auf Restitution des Kaufgeldes. Z. B. Der Legatar kauft die Sache, welche ihm von dem Erblasser unter einer Bedingung vermacht worden ist, pendente conditione unwissend von dem Erben. Da der Erbe bis zur Existenz der Bedingung Eigenthümer bleibt, so läßt sich die Gültigkeit des Kaufs nicht bezweifeln. Allein tritt nachher die Bedingung ein, so wird der Kauf resolvirt, als ob er nie geschlossen worden wäre [26]). Es muß daher dem Käufer das Kaufgeld zurückgegeben werden, weil er sonst die Sache nicht als ein Legat hätte [27]).

Endlich kann die Klage auch zuweilen auf Cautions-Leistung gerichtet werden, z. B. wegen der Entwährung, oder wegen der Mängel, oder auch wegen

25) *L.* 11. §. 3. 5. *et* 6. *D. h. t.* *L.* 2. *C. de rescind. vendit.* S. oben §. 1029. S. 70.

26) Arg. *L. ult.* §. 3. *Cod. Communia de legatis.*

27) *L.* 29. *D. de act. emti et vend.* Cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab herede emit. *Actione ex emto poterit consequi emtor pretium:* quia non ex causa legati rem habet. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. V. cap. 14. will statt non lieber *nunc* lesen. Ihm pflichtet auch POTHIER Pand. Iustin. h. t. nr. XLI. not. g. bey. Allein zu einer solchen Emendation ist keine Nothwendigkeit vorhanden. Westphal vom Kaufe §. 85. meint mit RETES Opusculor. Lib. IV. ad L. 88. §. 12. de Legat. 2. (*Thes. Meerm.* T. VI. p. 201.) der Kauf habe die causa legati nun verdrängt. Allein wie könnte denn das Kaufgeld zurückgefordert werden? S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

wegen der Uebergabe, wenn dieselbe nicht sogleich erfolgen konnte [28]).

L. 11. §. 8. *D. h. t.* Idem NERATIUS, etiam si alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere, ab omnibus receptum est, et *ex emto actionem* esse, *ut habere licere emtori caveatur*, sed et ut tradatur ei possessio.

L. 14. *Cod. eodem.* Emtor servorum certe de his tradendis, et de eorum fuga, itemque sanitate, erronesque non esse, aut noxa solutos, repromitti sibi recte postulat.

§. 1042.

Actio venditi.

Die actio venditi steht dem Verkäufer gegen den Käufer zu, und geht auf Leistung desjenigen, wozu der Contract den Käufer verpflichtet. *Ex vendito actio* venditori competit ad ea consequenda, quae ei ab emtori praestari oportet, sagt **Ulpian** *L.* 13. §. 19. *D. h. t.* Hauptsächlich wird sie auf die Bezahlung des Kaufgeldes oder dessen Restes gerichtet, und sie ist noch immer begründet, wenn auch der Verkäufer aus Irrthum geglaubt hätte, seine Forderung sey durch Compensation getilgt. Denn soll die Einrede der Abrechnung der Klage entgegenstehen, so muß sie auch gegründet seyn, wie die Kaiser **Valerian** und **Gallienus** *L.* 2. *C. h. t.* rescribiren: Venditi actionem ad recipiendum residuum pretium intendere adversario tuo poteris. Nec

28) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. Westphal vom Kauf. §. 76.

Nec quod in compensationem venerit, quasi et tu invicem deberes, id obesse tibi poterit, si in bonae fidei contractu (in quo maiores etiam viginti quinque annis officio iudicis in his, quae dolo commissa sunt, adiuvantur) iusto errore te ductum, vel fraude adversarii captum, quasi debitum id esset, quod revera non debebatur, pepigisse monstraveris. Ist ein rechtlicher Grund dazu vorhanden, z. B. Vertrag, Verzug, oder gesetzlich anerkannte Billigkeit, so können auch Zinsen vom Kaufgelde [29]), jedoch nicht höhere, als die Gesetze erlauben, wenn sie auch als eine Conventionalstrafe wäre ausbedungen worden [30]); auch kein weiteres Interesse [31]), noch Gewinn, den vielleicht der Verkäufer, als Kaufmann, mit dem ihm nicht gehörig bezahlten Kaufgelde gemacht haben würde, gefordert werden; es müßte denn etwa die Bezahlung des Kaufgeldes an einem bestimmten Orte haben geschehen sollen, und daher das interesse loci zu vergüten seyn [32]). Hat sich der Käufer bey der Besitznahme der Sache mehr angemaßt, als

29) *L.* 13. §. 20. *D. h. t.* *L.* 47. *in fin.* *D. eodem.* *L.* 5. *L.* 13. *Cod. h. t.* *L.* 18. §. 1. *D. de Usuris.* *L.* 2. *Cod. eodem.* S. den 16. Th. dieses Commentars §. 986. S. 134. ff.

30) *L.* 13. §. 26. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58. Westphal vom Kaufe §. 665.

31) *L.* 19. *D. de periculo et commodo rei vend.* S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 20. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad h. L. pag. 464. sqq.

32) *L.* 2. §. *ult.* *L.* 4. *D. de eo, quod certo loco.* S. den 16. Th. dieses Commentars §. 986. Not. 86. S. 142.

als ihm gehörte, so kann auch auf Zurückgabe desselben geklagt werden [33]). Mit dieser Klage erhält ferner der Verkäufer Ersatz der auf die verkaufte Sache verwandten Unkosten [34]). Endlich geht die Klage auch noch auf Erfüllung dessen, was durch Nebenverabredungen ausbedungen worden ist. Ist ein solcher Vertrag als ein resolutiver beygefügt worden, so kann auch auf die Zurückgabe der verkauften Sache mit aller Zubehörung geklagt werden, und der Verkäufer hat denn nach dem neuern römischen Recht die Wahl, ob er mit der actio venditi oder praescriptis verbis klagen will [35]). Eben diese Wahl findet Statt, wenn dasjenige, was sich der Verkäufer ausbedungen hat, gleichsam einen Theil des Kaufgeldes ausmacht, wenn auch der Nebenvertrag an sich einen eignen Contract ausmachen sollte. Z. B. ich habe dir einen leeren Platz mit der Bedingung verkauft, daß du ihn bebauen, und mir dann einen Theil des Gebäudes überlassen sollst [36]); oder du hast mir die Hälfte eines Grundstücks um einen wohlfeilen Preis mit der Bedingung verkauft, daß ich den andern Theil, den du zurückbehalten hast, auf eine

33) *L. 2. in fin. Cod. h. t.*

34) *L. 13. §. 22. L. 38. §. 1. D. h. t. L. 16. C. eodem.*

35) *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compositis.* Unter den ältern Rechtsgelehrten war dieses streitig, wie schon an einen andern Orte (Th. XVI. §. 1000. Not. 37. S. 226.) bemerkt worden ist.

36) *L. 6. §. 2. D. h. t.* Si aream tibi vendidi certo pretio, et tradidi ita, ut insula aedificata partem dimidiam mihi retradas, verum est, et ut aedifices agere me posse ex vendito, et ut aedificatam mihi retradas.

eine bestimmte Zeit in Pacht nehmen solle [37]). **Labeo** und **Trebatius** läugneten zwar, daß hier ex vendito geklagt werden könne, und glaubten, dem Verkäufer stehe nur die actio praescriptis verbis zu [38]). Allein **Ulpian** und **Javolen** waren anderer Meinung, und behaupteten mit Recht, daß auch die actio venditi nicht ausgeschlossen sey, si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur: *nam hoc ipsum pretium fundi videtur, quod eo pacto venditus fuerit*; wie **Javolen** *L.* 79. *D. de contrah. emt.* sagt; und diese Meinung nahm auch die Praxis an.

§. 1043.

Eigenschaften und Bedingungen beyder Klagen. Exceptio non adimpleti contractus. Findet hier wohl auch der Executiv-Prozeß Statt?

Da beyde Klagen blos das Vermögen betreffen, so gehen sie sowohl activ als passiv auf die Erben der Contrahenten über, das heißt, sie können sowohl von den Erben, als gegen die Erben der Contrahenten angestellt werden. Hat der Verkäufer die nämliche Sache an zwey verschiedene Personen verhandelt, dieselbe aber noch keinem von beyden tradirt, und dann von diesen zwey Käufern der eine des andern Erbe geworden ist, so concurriren zwey Klagen in einer Person, nämlich die eigne Klage des Erben, und die erbschaftliche. Hatte nun der eine Käufer schon vor der Antretung der Erbschaft die ihm aus

37) *L.* 79. *D. de contrah. emt.*

38) *L.* 50. *D. de contrah. emt.* *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 79. D. de contrah. emt. und **Westphal** vom Kauf. §. 888.

aus seinen eigenen Contract zustehende Klage angestellt, so kann er nach der Antretung der Erbschaft noch, wenn er will, die ihm als Erben zustehende Klage aus dem Contract seines Erblassers anstellen; und also, wenn er mit seiner eigenen Klage z. B. die Sache selbst erhalten hat, nachher noch mit der ihm als Erben des andern Käufers zustehenden Klage das Interesse fordern. Hätte er hingegen vor der Antretung der Erbschaft noch gar nicht geklagt, so kann er nun zwar nur eine Klage anstellen, aber doch so, daß er mittelst derselben den Vortheil beyder Contracte erhalten kann. Es findet also hier keine confusio obligationum Statt [39]). So lehrt **Ulpian** *L.* 10. *D. h. t.* Non est novum, *ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant.* Cum enim is, qui venditorem obligatum habebat, ei, qui eundem venditorem obligatum habebat, heres extiterit: *constat duas esse actiones in eiusdem persona concurrentes, propriam, et hereditariam: et debere heredem*

39) S. *Iac.* LABITTUS Usu Indicis Pandectar. Cap. III. §. 30. (Adject. *Abr.* WIELING Iurisprud. restitut. T. II. pag. 49.) und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 3. Nr. CXXVI. Not. b. c. d. Anders erklärt diese Stelle Westphal vom Kaufe §. 880. Nach seiner Erklärung soll der Sinn der Worte: unam quidem actionem movere potest, sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum, der seyn, durch das Erkenntniß auf die Sache oder das Interesse, als von welchen beyden Stücken nur eins zugesprochen werde, seyen beyde Contracte zugleich abgethan. Allein die Erklärung des POTHIER Pandect. Iustin. cit loco not. d. welcher sie so versteht, *consequetur una actione, in quam tuae quasi conflatae sunt, quod ex utroque contractu debetur;* ist den Worten, und auch der Rechtsanalogie angemessener. Cum enim duae eiusdem potestatis sint obligationes, non potest reperiri, cur altera potius, quam altera consumeretur, sagt *L.* 5. *D. de fideiussor.*

redem institutum, si velit, separatim duarum actionum commodo uti: ante aditam hereditatem proprium venditorem convenire; deinde, adita hereditate, hereditarium. Quodsi prius adierit hereditatem: unam quidem actionem movere potest: sed ita, *ut per eam utriusque contractus sentiat commodum.*

Bey beyden Klagen wird ferner zur Begründung derselben erfordert, daß der Kläger an seiner Seite den Contract erfüllt habe, oder die Erfüllung vollständig anbiete. Denn sie entspringen aus einem Bilateralcontract, in welchem die Leistung des einen durch die des andern bedingt ist. Jeder Theil kann daher zu seiner Sicherheit (quasi pignus) seine Gegenleistung so lange zurückhalten, bis der andere seiner Verbindlichkeit nachgekommen ist. Will daher 1) der Käufer mit der actio emti auf die Uebergabe klagen, so muß er, wofern ihm die Sache nicht auf Credit verkauft worden ist, entweder das ganze Kaufgeld bezahlt, oder solches dem Verkäufer, mit der Bereitwilligkeit es sofort zu bezahlen, ganz angeboten haben. Hätte er nur einen Theil der Kaufsumme angeboten, oder auch auf Abschlag bezahlt, so würde ihm dieses nichts helfen, sondern der Verkäufer die Sache dennoch bis zur Bezahlung des ganzen Kaufgeldes zurückzuhalten berechtiget seyn.

L. 11. §. 2. *D. h. t.* Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, *si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum.*

L. 13. §. 8. *D. h. t.* Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur: et ideo *etsi pretii partem offerat, nondum est ex emto actio.* Venditor

tor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit.

L. 22. D. de hereditate vel act. vend. Hereditatis venditae pretium pro parte accepi, reliquum emtore non solvente. Quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur? Respondi, nihil proponi, cur non teneantur.

2) Eben so muß aber auch der Verkäufer, wenn er auf die Bezahlung des Kaufgeldes oder des Restes desselben klagen will, die Sache tradirt, oder sich zur Uebergabe bereitwillig erklärt haben. Sonst kann ihn der Käufer mit der exceptio rei venditae, sed non traditae eben so zurückweisen, als in jenem Falle der Verkäufer mit der exceptio pretii nondum soluti den Käufer mit seiner Klage abweisen kann.

L. 25. D. h. t. Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: *Si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est.*

Man nennt überhaupt die Einrede, welche der aus einem Bilateralcontract angestellten, und auf dessen Erfüllung gerichteten Klage, zur Ausschließung derselben, entgegengesetzt wird, und welche dahin gehet, daß der Kläger seiner Seits dasjenige nicht geleistet habe, in dessen Rücksicht sich der Beklagte zu dem, was der Kläger von ihm fordert, verbindlich gemacht hat, die Einrede des nicht erfüllten Contracts, (exceptio non adimpleti contractus, oder auch exceptio im-

implementi non secuti [40].) Daß diese Exception in dem römischen Recht gegründet sey, ist, nach den angeführten Gesetzstellen, außer Zweifel; wenn gleich den Worten nach dieselbe darin nicht vorkommt, sondern die römischen Gesetze nur von einer exceptio mercis non traditae sprechen [41]). Auch in dem Canonischen Recht findet sich die gedachte Exception nicht wörtlich, so deutlich es auch die Billigkeit derselben in der Regel anerkennt: *Frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se praestitam servare recusat* [42]). Wenn nun gleich sonst der Regel nach dem Beklagten der Beweis seiner Einreden obliegt [43]); so verhält sich doch hier die Sache anders. Die sogenannte exceptio non adimpleti contractus gehört zu denjenigen Einreden, wodurch die Last des Beweises auf den Kläger gebracht wird [44]). Der Grund, warum hier der Kläger den Beweis übernehmen muß, daß er seiner Seits den Contract erfüllt habe, beruhet nicht, wie man gewöhnlich sagt, darin, weil die der Klage entgegengesetzte Einrede eine verneinende ist, denn auch negative Behaupt-

40) S. *Io. Frid. Franc. de* LICHTENSTEIN Diss. de natura et indole exceptionis implementi non secuti, praes. *Io. Frid.* WAHL def. *Goettingae* 1751. §. 20.

41) *L.* 5. §. 4. *D. de doli mali et met. except.*

42) *Cap.* 75. *de Reg. iuris in 6to.*

43) *L.* 19 *pr. D. de probat. L.* 1. *D. et L.* 5. *Cod. de exceptionib.*

44) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23. *Gabr.* SCHWEDER Conclusion. select. de exceptione non impleti contractus. *Tübingae* 1688. §. 26. sqq. *Io. Ern.* SCHROEDER Diss. de exceptionibus, quibus oppositis onus probandi actori iniungitur. Cap. III. §. 5. *de* LICHTENSTEIN oder WAHL cit. Diss. §. 23.

hauptungen müssen bewiesen werden [45]); sondern weil dadurch ein Umstand bestritten wird, der zum Grunde der Klage gehört, dessen gehörige Rechtfertigung dem Kläger obliegt [46]). Sie findet daher auch im Executivprozesse Statt, nicht weil sie zu den liquiden Einreden gehört, sondern weil sie die Forderung des Klägers illiquid macht. Denn es soll ja erst ausgemacht werden, ob der Contract erfüllt, und also die Klage begründet sey, oder nicht [47]). Die Praxis begünstiget überhaupt diese Einrede dergestalt, daß sie nicht nur in jedem Theile des Prozesses, auch nach der Einlassung auf die Klage, ja selbst noch bey der Execution zugelassen wird [48], sondern auch sogar von dem Richter, wenn sie gleich nicht vorgeschützt worden ist, ergänzt werden kann, insofern sie sich aus den Acten schon von selbst

45) S. Gönner Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XXXIV. §. 4.

46) *I. H.* BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Lib. II. Tit. 19. §. 11. *Frid. Alex.* KÜNHOLD Disput. de usu exceptionis non adimpleti contractus hodierno. *Lipsiae* 1726. §. 18. und Ad. Diet. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. Abschn. VI. nr. 11. S. 198.

47) S. Weber a. a. O. Nr. 27. S. 267. f.

48) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. SCHWEDER cit. Diss. §. 22. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 113. not δ. Doch macht sich schon STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. den Zweifel, ob nicht der jüngste Reichsabschied vom J. 1654. §. 37. entgegenstehe? Man sehe auch Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XXXIII. §. 11. Auch WAHL cit. Diss. §. 30. will diese Einrede bey der Execution nur unter folgenden Bedingungen zulassen, 1) wenn sie weder in den Acten selbst vorgeschützt worden, noch sich sonst aus den Acten ergebe; 2) wenn der Beklagte eine rechtmäßige Entschuldigung habe, daß er sie nicht zur rechten Zeit vor dem Erkenntniß vorgeschützt hat; und 3) wenn sie sogleich liquid sey, oder durch Angabe der Beweismittel sogleich liquid gemacht werden könne.

selbst ergiebt [49]). Sie kann auch nicht nur von jedem Beklagten, welcher aus dem Contract belangt wird, er sey der Contrahent selbst oder ein anderer Interessent, z. B. der Bürge, oder Erbe, vorgeschützt, sondern auch jedem Kläger entgegengesetzt werden, welcher aus dem Contract klagt, er sey der Contrahent oder ein anderer, welcher in seine Rechte eingetreten ist [50]). Denn sie ist eine exceptio in rem, oder wie **Paulus** [51]) sagt, rei cohaerens.

Von der exceptio non adimpleti contractus wollen viele [52]), zu denen auch **Hellfeld** gehört, die exceptio non rite adimpleti contractus, oder wie man sie auch nennt, exceptio non debito modo impleti contractus, oder wie man sie deutsch ausdrückt, die Einrede des nicht gehörig erfüllten Contracts, unterschieden wissen. Bey dieser, sagt man, behalte es bey der Regel, vermöge welcher der Beklagte seine

49) LAUTERBACH c. l. STRYK c. l. SCHWEDER cit. Diss. §. 9. WAHL oder *de* LICHTENSTEIN cit. Disp. §. 22. MÜLLER ad Struvium c. l. not. δ. nr. II. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 1935. Not. a. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. I. §. 292. not. f. u. a. m. Man s. jedoch Gönners Handbuch des gem. Prozesses 1. B. Nr. X. §. 13. S. 251. ff.

50) WAHL cit. Diss. §. 26. et. 27.

51) *L.* 7. §. 1. *D. de except.*

52) Schmidt Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 125. Schon früher SCHAUMBURG Compend. iuris Digest. h. t. §. 2. Einstimmig mit ihnen Christoph Christ. Dabelow Handb. des heutigen gemeinen röm. deutsch. Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1658 Fried. von Bülow und Theod. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Band Erört. XXIII. Thibaut System des Pand. Rechts 1. B. §. 169. (der 4. Aufl.) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. VI. Nr. 27. S. 268. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1907. Not.

seine Einreden beweisen muß, das Bewenden. Den Grund dieses Unterschieds setzt man darin, weil der Beklagte hier ein Factum anführe, das nicht blos verneinend ist, sondern einen Umstand enthalte, wovon, nach den Regeln des Beweises, dem Kläger der Beweis nicht aufgebürdet werden könne. Allein daß dieser Unterschied ungegründet sey, hat schon Johann Christian von Quistorp [53]), und nach ihm noch einleuchtender Heinrich Ernst Bornemann [54]) gezeigt. Man hätte doch billig erwartet, daß man vor allen Dingen erst darüber einen befriedigenden Aufschluß geben sollen, wenn man sagen könne, der Contract sey nicht gehörig erfüllt. Hierüber haben sich aber die angeführten Rechtsgelehrten so unbestimmt erklärt, daß man fast nicht weiß, wie man aus diesem Labyrinth einen Ausweg finden soll. Unser Hellfeld erklärt mit seinem Vorgänger Schaumburg, die Einrede so, wenn der Contract nicht vollständig, plenarie, erfüllt, oder wie sich Schaumburg ausdrückt, wenn dem Contract nicht ex asse ein Genüge geschehen ist. Man setze nun, der Verkäufer stelle dem auf die Uebergabe klagenden Käufer die Einrede entgegen, er habe noch nicht das ganze, auf 100 Thlr. behandelte Kaufgeld, sondern nur erst die Hälfte daran bezahlt, ohne ihm wegen des Rückstandes Credit gegeben zu haben, so wäre dieß die exceptio non rite, id est, non plenarie adimpleti contractus, und dem Verkäufer müßte also der Beweis aufgebürdet werden. In

53) Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit 2. Th. herausgegeben von Wiese. (Leipzig 1798. 4.) Bemerk. LIII. S. 190. ff.

54) Ueber die confessio qualificata im Civil-Proceß mit einer Anwendung auf die exceptio non rite adimpleti contractus. Hannover 1806. 8. §. 19. ff.

In welchem Widerspruche würde aber eine solche Behauptung mit *L.* 13. §. 8. *D. h. t.* und *L.* 22. *D. de hered. vel act. vend.* stehen, welche dem Kläger die Klage ex emto in diesem Falle geradezu absprechen? Herr Hofrath **Thibaut** erklärt sich hingegen darüber so, wenn der Contract zwar erfüllt, die Leistung aber fehlerhaft geschehen sey, so sey die exceptio non rite adimpleti contractus vorgeschützt. Allein hier könnte man auch noch erst fragen, worin diese fehlerhafte Leistung bestehe, welche die gedachte Exception voraussetzen soll? Daß es hier nicht blos auf die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache angesehen seyn könne, ist wohl gewiß. Die aus **Leyser**[55]) und **Hommel**[56]) von ihm angeführten Stellen enthalten auch ganz andere Fälle. Dem Käufer war die Sache gehörig übergeben, und somit der Contract wirklich erfüllet worden. Derselbe setzte aber dem auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagenden Verkäufer die Einrede entgegen, er sey von einem Dritten wegen der Sache in Anspruch genommen worden, und ihm drohe eine Entwährung. Allein wie kann man die exceptio imminentis evictionis eine exceptio non rite adimpleti contractus nennen? Freylich kann man, wie auch **Leyser** ganz richtig urtheilt, in diesem Falle dem Verkäufer keinen Beweis aufbürden, daß er Eigenthümer der verkauften Sache gewesen sey. Denn dieser Beweis gehört nicht zur Erfüllung des Contracts[57]). Allein der Käufer kann sich auch aus dem Grunde der etwa imminiren-

55) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCVIII. medit. 1. et 2. et Vol. IV. Specim. CCXXXVIII. medit. 2. et 3.

56) Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 87.

57) *L.* 25. §. 1. D. *de contr. emt.* *L.* 11. §. 2. *L.* 30. §. 1. *D. h. t.* *L.* 3. C. *de eviction.*

renden Eviction von seinen Contractsverbindlichkeiten nicht frey machen. Zwar kann ihm aus diesem Grunde die Zurückbehaltung des Kaufgeldes nicht bestritten werden; allein diese kann doch nur höchstens so lange Statt finden, bis der Verkäufer für die etwa zu besorgen habende Eviction hinreichende Sicherheit bestellet hat [58]). Man setze aber ferner, der Käufer habe dem auf die Erfüllung klagenden Verkäufer die Einrede entgegengesetzt, daß die ihm tradirte Sache fehlerhaft sey, so muß zwar freylich der Käufer, da er die Vermuthung gegen sich hat, den behaupteten Fehler beweisen; allein deswegen kann man ihm doch nicht den Beweis auflegen, daß der Fehler tempore contractus schon vorhanden gewesen sey. Zeigt also der Beklagte, daß der Fehler wirklich vorhanden sey, und der Kläger war auch verbunden, die Sache ohne diesen Fehler zu überliefern, so steht dem Beklagten, welcher die Richtigkeit der geschehenen Erfüllung läugnet, nichts entgegen, und der Kläger ist vor allen Dingen schuldig zu beweisen, daß er die Sache fehlerfrey übergeben habe. Herr Prof. Weber hat sich noch unter allen am ausführlichsten darüber erklärt. „Sobald der Beklagte, sagt er, nicht mehr in jenen Gränzen einer bloßen Bestreitung des factischen Klagegrundes bleibt, und nicht sowohl das, was eigentlich hiezu gehört, abläugnet, als vielmehr dem Kläger sonst besondere Thatsachen, in Ansehung dessen, was er zu leisten hat, entgegensetzt, so folgt natürlich, daß Beklagter sich mit dieser Gegenbehauptung — exceptio non *rite* seu *non debito modo* impleti contractus — wenn der Kläger sie nicht zugiebt, allerdings die Verbindlichkeit des Beweises auflegt. Dahin gehört, wenn jene Einrede des nicht

58) *L.* 18. §. 1. *D. de peric. et comm. rei vend. L.* 24. *Cod. de eviction.* S. Buchholz Versuche über versch. Rechtsmat. Nr. I.

nicht erfüllten Contracts aus der fehlerhaften Beschaffenheit der gelieferten Sachen, aus Handlungen, die der Kläger gegen den Contract unternommen hat, oder sonst aus Verhältnissen hergeleitet wird, wodurch Beklagter die Rechte, welche ihm der Contract zusichert, gehörig zu behaupten gehindert wird, insofern der andere Contrahent dafür zu haften verbunden ist. Alles dieses beruhet auf Thatsachen, die der Beklagte, wenn sie bestritten werden, erst darthun muß, bevor er die darauf gegründete Einrede gegen den Kläger geltend machen kann." Er bezieht sich übrigens, wie **Thibaut**, auf **Leyser** und **Hommel**. Die noch ausserdem aus **Müller** über **Leyser** angeführte Observation [59]) kommt nicht in Betrachtung, weil sie in der Hauptsache aus **Hommel** genommen ist. Da hier blos die Meinung des Herrn Hofraths **Thibaut**, auf welchen auch verwiesen wird, durch Fälle, die bereits vorhin sind angeführt worden, mehr ausgeführt worden ist; so steht das Nämliche auch dieser Meinung entgegen. Die ältern Schriftsteller, auch selbst diejenigen, welche der exceptio non adimpleti contractus eigene Abhandlungen [60]) gewidmet haben, schweigen von einer exceptio non rite adimpleti contractus gänzlich. Vielmehr sagen sie einstimmig: *Exceptio implementi non secuti* cum ipsi actori, tum heredi eius, potest tam diu opponi, *quamdiu aliquid adhuc praestandum superest*, *etiamsi in minima parte contractus non sit impletus*, aut implementum tantum in *accidentalibus* ſecutum non sit, quia is tantum cum effectu agere potest, qui con-

59) Tom. V. Obs. 850.

60) Siehe die oben in den Noten 40. 44. und 46. angeführten SCHWEDER, KÜNHOLD und WAHL oder von LICHTENSTEIN.

conventa et promissa *ex asse*, sive, ut practici loquuntur, *totaliter* implevit [61]). Und **Stryk** [62]) widerlegt mit Recht die Meinung des **Berlich** [63]), welcher behaupten wollte, die exceptio non impleti contractus bringe nur dann den Beweis auf den Kläger, wenn dadurch essentialia bestritten würden, wenn hingegen von accidentalibus per pactum adjectis die Frage sey; so müsse der Beklagte seine Einrede beweisen. Non tamen, sagt **Stryk**, haec sententia firmo stat talo, cum quae per pactum adjiciuntur, insint contractibus, et pro naturalibus habeantur [64]), ut proinde implementum tam in essentialibus quam accidentalibus probari debeat, quippe quod non praesumitur, cum in facto consistat. Hierin stimmen denn auch mehrere neuern Pandecten-Systeme überein, in welchen zwischen der exceptio *non adimpleti* et *non rite impleti* contractus kein Unterschied gemacht wird, weshalb ich auf **Günther** [65]), **Meister** [66]) und **Zauner** [67]) verweise. In der That unterscheiden auch selbst die Gesetze nicht, sondern verlangen von dem Contrahenten, welcher als Kläger auftreten will, überhaupt, daß er seiner Seits den Contract erfüllet habe; und daß dieses nur von einer v o l l k o m m e n und a u f d i e g e h ö r i g e A r t geschehenen Erfüllung verstanden werden könne, ist wohl mit Grund

61) S. WAHL cit. Diss. §. 31. SCHWEDER Diss. cit. §. 11.

62) Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

63) Decis. Part. I. Decis. 174. nr. 10.

64) *L.* 7. §. 5. *D. de pactis.* *L.* 1. §. 6. *D. depositi.*

65) Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 975.

66) Ius. Rom. privat. idque purum. Vol. I. §. 532.

67) Introduct. in Digesta iuris civ. P. III. Lib. IV. Tit. 18. §. 4.

Grund nicht zu bezweifeln, weil es ja in rechtlichem Sinn gleichviel ist, ob der Contract gar nicht, oder nicht auf die gehörige Art erfüllet worden ist. Es sagt dieses auch **Paulus** in einem Falle, wo ein Sklave von dem Peculium, welches sein Herr ihm gegeben hatte, eine Sache kaufte, in der merkwürdigen, übrigens den Auslegern schwierig geschienenen Stelle der *L.* 31. §. 1. *D. de rebus creditis* [68]) ausdrücklich, wenn es daselbst heißt: non aliter domino servi venditorem *ex emto* teneri, *quam si ei pretium solidum*, *et quaecunque*, *si cum libero contraxisset*, *deberentur*, *dominus servi praestaret*. Und **Ulpian** bestärkt dieses in der *L.* 31. §. 8. *D. de aedilit. Edicto* noch dadurch, wenn er sagt: Nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emtor satisfaciat. Der Contrahent, welcher auf Erfüllung des Contracts klagt, muß sich also durchaus darauf gründen, daß er den Contract erfüllet habe. Er darf daher keine ihm nachtheiligen Puncte auslassen. Denn es gehört durchaus mit zu den Prämissen der Klage, daß sich das Factum nur so verhält, als es vorgetragen ist. Setzt ihm nun der Beklagte die Einrede entgegen, daß in diesem oder jenem bestimmt angegebenen Umstande die Erfüllung des Contracts nicht gehörig geschehen sey, so läugnet er zugleich die Richtigkeit der Prämissen. Hier muß nun der Kläger vor allen Dingen beweisen, daß sich das Factum nur so verhalte, wie er es vorgetragen hat, und den Contract,

so

68) Es ist damit zu verbinden *L.* 24. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* Man vergleiche *Em.* MERILLIUS ad Tit. Dig. de rebus creditis in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 684. *Guil.* BARCLAIUS ad eand. Leg. Tit. de reb. cred. ibid. pag. 885. *Ant.* FABER Rational in Pand. ad L. 31. §. 1. D. de reb. cred. und POTHIER Pandect. Iustin. T. I. Lib. XII. Tit. 1. Nr. V. nott. f—q. pag. 348.

so weit es ihm geläugnet ist, gehörig erfüllet habe. Hat der Kläger dieses bewiesen, so muß denn auch der Beklagte den Umstand beweisen, worin die nicht gehörig geschehene Erfüllung des Contracts besteht. Die exceptio non rite adimpleti contractus ist also ganz nach den Grundsätzen einer confessio qualificata zu beurtheilen [69]). Sollte jedoch die Einrede der Nichterfüllung auf einen zum Factum der Klage rechtlich nicht gehörenden Umstand sich gründen, so müßte sie freylich der Beklagte allein beweisen [70]).

Es entsteht hier noch die Frage, ob aus einem Kaufcontract auch executivisch geklagt werden könne? Man ist darüber nicht einverstanden. Von einigen [71]) wird sie verneint, von andern bejahet [72]). Soviel ist 1) gewiß, daß wenn der Verkäufer gegen den Käufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagt, und er hat eine klare Urkunde für sich, worin nicht nur die Kaufsumme bestimmt ist, sondern woraus auch die geschehene Erfüllung von Seiten des Klägers sofort erhellet, der Executiv-Prozeß allerdings Statt finde [73]). Wenn aber 2) der Käufer auf die Uebergabe klagt,

69) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XXXIV. §. 2. und Nr. XLIII. §. 16 Grolman's Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl Rechtsstreitigkeiten §. 82 a. S 143. und Bornemann über die confessio qualificata im Civilproceß §. 22. ff.

70) Bornemann a. a. O. §. 24.

71) LYNCKER Resolut. 643. CARPZOV P. III. Decis. 257. nr. 12. sqq. Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 3. §. 2. Nr. 5. §. 3.

72) WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 149. P. III. Obs 172. Danz Grundsätze der summarischen Prozesse. §. 77. S. 112. der Gönnerschen Ausgabe Stuttgard 1806.

73) PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 210. von Bülow's und Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. B. Erört. 26. Not. z.

klagt, so sollte eigentlich der Executiv-Prozeß wegfallen, weil derselbe in der Regel nur wegen solcher Forderungen Statt findet, die in Geldsummen oder andern bestimmten Quantitäten verbrauchbarer Sachen bestehen [74]). Allein da der Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 174. überhaupt bey klaren Brief und Siegeln ein schleuniges Verfahren erlaubt; so läßt die gemeine Praxis bey gleichen Bilateralcontracten den Executiv-Prozeß auch dann zu, wenn nicht gerade auf Geldsummen, sondern auf körperliche Sachen, sie seyen bewegliche, oder unbewegliche, geklagt wird; wofern nur durch Urkunden alle Punkte der Klage sogleich bewiesen werden können [75]). Wird freylich dem Kläger die Einrede des nicht erfüllten Contracts entgegengesetzt, und die Erfüllung von Seiten des Klägers erhellet nicht klar aus dem der Klage zum Grund gelegten Document, so muß dem Kläger zuvörderst der Beweis, daß er den Contract seiner Seits erfüllt habe, aufgelegt, und so lange der Executiv-Prozeß suspendirt werden [76]). Es muß nur aber der Beklagte deutlich und bestimmt angeben, worin der Punct bestehe, welchen der Kläger noch erst zu erfüllen habe [77]).

74) Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse §. 160.

75) de BERGER Electa processus executivi. §. 31. u. Gönner's Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 4. Band. Nr. LXXVII. §. 3.

76) WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 37. und WAHL Diss. cit. de natura et indole exceptionis implementi non secuti. §. 27. pag. 69. sq.

77) S. den 4. Th. dieses Commentars Abschn. 2. §. 313. S. 290. Nr. 2.

An-

Anhang.

Nachdem schon an den letzteren Bogen dieses Abschnittes gedruckt wurde, sind mir noch einige neuere Schriften über einzelne Materien zu Gesicht gekommen, welche ich daher leider nicht habe benutzen können. Ich will sie hier nur noch zur Ergänzung anführen.

1) Zu dem §. 1026. Die hier einschlagende schwierige Lehre von den Wirkungen der Genehmigung bey rechtlichen Geschäften ist nun durch die neue trefliche Bearbeitung in des Hrn. Hofr. Hufeland Abhandlungen aus dem Civilrecht 1. Band (Giessen 1814.) Nr. IV. in ein so helles Licht gesetzt worden, daß die in dem Röm. Recht vorkommenden verschiedenen Bestimmungen über Zulassung und Untersagung der rückwirkenden Kraft derselben in der Anwendung der von ihm angegebenen sehr einfachen Grundregeln wohl keinen weitern Anstoß finden dürften.

2) Zum §. 1028. verdient noch vor allen die sehr interessante Abhandlung über die Rescission der Contracte wegen enormer Verletzung, in Vergleichung des römischen, preußischen und französischen Civilrechts aus dem Gesichtspunct der Legislation in Gönner's Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums 2. Band Nr. XX. S. 356—410. hinzugefügt zu werden.

3) Zum §. 1033. S. 147. Der hier Z. 9. als Entscheidungsgrund der *L.* 14. §. 1. *D. de peric. et commodo rei vend.* angeführte Grundsatz von der unbedingten Verantwortlichkeit des Verkäufers wegen der vor der Uebergabe entwandten verkauften Sache, als eine Folge der Verpflichtung desselben zur custodia, ist bestritten worden in D. Joh. Christ. Hasse civilist. Abhandl. über die Culpa des röm. Rechts. Kiel 1815. Kap. X. §. 81. ff. wegen der auch von mir Not. 77. nicht unbemerkt gelassenen *L.* 14. §. 12. *D. de furtis.*

4) Zum §. 1035. u. 1036. Ueber die hier erklärten Gesetzstellen L. 1. pr. L. 1. §. 1. L. 2. L. 3. u. L. 4. §. 1. et 2. *D. de per. et comm. rei vend.* ist vorzüglich zu vergleichen die angef. Abhandl. des Hrn. Prof. Hasse über die Culpa des R. R. Kap. X. §. 90. S. 451. ff.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 17,1

Erlangen 1815

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(17#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439051-2
VD18 10657126-002